

SKRIPSI

ANALISIS NORMATIF TERHADAP PENGGUNAAN DISKRESI OLEH PEJABAT PEMERINTAHAN DALAM HUBUNGANNYA DENGAN PENYALAHGUNAAN KEWENANGAN PADA TINDAK PIDANA KORUPSI



OLEH
MUHAMMAD TAUFIQ AKBAR M
B111 13 311

DEPARTEMEN HUKUM PIDANA
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2017

HALAMAN JUDUL

**ANALISIS NORMATIF TERHADAP PENGGUNAAN DISKRESI
OLEH PEJABAT PEMERINTAHAN DALAM HUBUNGANNYA
DENGAN PENYALAHGUNAAN KEWENANGAN PADA
TINDAK PIDANA KORUPSI**

**Oleh
MUHAMMAD TAUFIQ AKBAR M
B111 13 311**

SKRIPSI

**Diajukan Sebagai Tugas Akhir Dalam Rangka Penyelesaian
Studi Sarjana Pada Departemen Hukum Pidana
Program Studi Ilmu Hukum**

**DEPARTEMEN HUKUM PIDANA
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2017**

PENGESAHAN SKRIPSI

ANALISIS NORMATIF TERHADAP PENGGUNAAN DISKRESI OLEH PEJABAT PEMERINTAHAN DALAM HUBUNGANNYA DENGAN PENYALAHGUNAAN KEWENANGAN PADA TINDAK PIDANA KORUPSI

Disusun dan diajukan oleh :

**MUHAMMAD TAUFIQ AKBAR M
B111 13 311**

Telah Dipertahankan Dihadapan Panitia Ujian Skripsi yang Dibentuk
Dalam Rangka Penyelesaian Studi Program Sarjana
Departemen Hukum Pidana Program Studi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada Hari Senin, 22 Mei 2017
Dan Dinyatakan Diterima

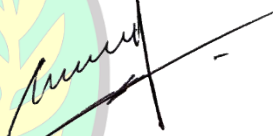
Panitia Ujian

Ketua



Prof. Dr. H. M. Said Karim, S.H., M.H., M.Si.
NIP. 19620711 198703 1 001

Sekretaris



Dr. Amir Ilyas, S.H., M.H.
NIP. 19800710 200604 1 001

**A.n. Dekan
Wakil Dekan Bidang Akademik
Dan Pengembangan**



Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H.
NIP. 19610607 198601 1 003

PERSETUJUAN PEMBIMBING

Diterangkan bahwa skripsi mahasiswa :

Nama : Muhammad Taufiq Akbar M

NIM : B111 13 311

Bagian : Hukum Pidana

Judul Skripsi : Analisis Normatif Terhadap Penggunaan Diskresi Oleh
Pejabat Pemerintahan Dalam Hubungannya Dengan
Penyalahgunaan Kewenangan Pada Tindak Pidana
Korupsi

Telah diperiksa dan disetujui untuk diajukan dalam ujian skripsi.

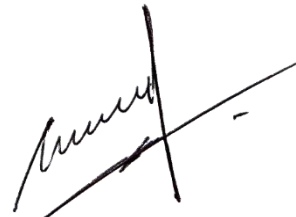
Makassar, April 2017

Pembimbing I



Prof. Dr. H. M. Said Karim, S.H., M.H., M.Si.
NIP. 19620711 198703 1 001

Pembimbing II



Dr. Amir Ilyas, S.H., M.H.
NIP. 19800710 200604 1 001



**KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
UNIVERSITAS HASANUDDIN
FAKULTAS HUKUM**

Jl. Perintis Kemerdekaan KM.10 Makassar 90245 Telp/Fax : (0411)584686,587219, E-mail:hukum@unhas.ac.id

PERSETUJUAN MENEMPUH UJIAN SKRIPSI

Diterangkan bahwa skripsi mahasiswa :

Nama	: MUH TAUFIQ AKBAR M
Nomor Pokok	: B11113311
Program Studi	: Ilmu Hukum
Bagian	: Hukum Pidana
Judul Skripsi	: Analisis Normatif Terhadap Penggunaan Diskresi Oleh Pejabat Pemerintahan dalam Hubungannya Dengan Penyalahgunaan Kewenangan Pada Tindak Pidana Korupsi

Memenuhi syarat untuk diajukan dalam ujian skripsi sebagai ujian akhir program studi.

Makassar, Mei 2017

a.n. Dekan

Wakil Dekan Bidang Akademik dan Pengembangan,



Prof. Dr. Ahmadi Miru, SH., MH
NIP. 196106071986011003

ABSTRAK

MUHAMMAD TAUFIQ AKBAR M (B111 13 311), Analisis Normatif Terhadap Penggunaan Diskresi Oleh Pejabat Pemerintahan Dalam Hubungannya Dengan Penyalahgunaan Kewenangan Pada Tindak Pidana Korupsi, di bawah bimbingan **M. Said Karim** selaku Pembimbing I dan **Amir Ilyas** selaku Pembimbing II.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan mengkaji hubungan hukum antara diskresi dan penyalahgunaan kewenangan dalam konteks tindak pidana korupsi dan mengetahui tolak ukur untuk mengkualifikasikan diskresi sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi pada tindak pidana korupsi.

Penelitian ini dilakukan di wilayah kota Makassar khususnya di Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Penelitian ini dilakukan dengan melakukan studi kepustakaan dengan menggunakan referensi-referensi yang terkait dengan rumusan masalah.

Hasil dari penelitian ini menunjukkan bahwa : (1) Hubungan antara diskresi dan penyalahgunaan kewenangan dalam ranah hukum pidana khususnya tindak pidana korupsi, penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) selalu diparalelkan dengan sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) untuk digunakan sebagai parameter membatasi gerak bebas pejabat pemerintahan untuk mengeluarkan keputusan/kebijakan maupun melakukan tindakan tanpa bergantung pada peraturan perundang-undangan (diskresi). (2) Diskresi dapat di kualifikasikan sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi pada tindak pidana korupsi dalam hal diskresi dilakukan tidak berpedoman pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang baik (AAUPB), serta penggunaan diskresi disertai dengan adanya niat jahat (*mens rea*) untuk menguntungkan individu ataupun kelompok tertentu yang bukan bertujuan untuk kepentingan umum dan mengakibatkan kerugian keuangan negara secara nyata (*actual loss*) sesuai dengan konsep kerugian keuangan negara pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU-XIV/2016.

ABSTRACT

MUHAMMAD TAUFIQ AKBAR M (B111 13 311). Normative Analysis the Use of Discretion by the Official of Government in Relation with Abuse of Power on Corruption Acts, under the guidance of **M. Said Karim** as the first guide and **Amir Ilyas** as second guide.

The objective of the research aims to examine the legal relationship between discretion and abuse of power in corruption context and to know the benchmark for qualifying discretion as abuse of power that implicates corruption.

This research was conducted in Makassar, especially in Library of Law Faculty of Hasanuddin University. This study was held by conducting library study that used related references of research problem.

The objective of this study showed that (1) relationship between discretion and abuse of power in th realm of criminal law, especially the criminal act of corruption, the abuse of power (*detournement de pouvoir*) is always paralleled with unlawful (*wedderrechtelijk*) that to be used as a parameter restrict the free movement of official government to issue decision or policy in spite of taking action to the irrespective of legislation (discretion). (2) Discretion may be qualified as abuse of power that implicates to the corruption in having no a certain position by The Law of The Republic Indonesia Number 30 of 2014 Concerning Government Administration and the general principle of good governance, as well as the use of discretion enclosed the existence of criminal intention (*mens rea*) to profit individual or certain group, which is not intended for the public interest and resulted significant loss of state based on the concept of state losses after Decision Constitutional Court Number 25/PUU-XIV/2016.

KATA PENGANTAR

Bismillaahir rahmaanir rahiim

Alhamdulillah lillaahi rabbil 'aalamiin. segala puji bagi Allah SWT, Tuhan semesta alam yang tidak henti-hentinya melimpahkan nikmat dan karunia yang telah diberikan sehingga Penulis dapat menyelesaikan skripsi yang berjudul “**Analisis Normatif Terhadap Penggunaan Diskresi Oleh Pejabat Pemerintahan Dalam Hubungannya Dengan Penyalahgunaan Kewenangan Pada Tindak Pidana Korupsi**”. Tidak lupa pula shalawat dan salam terhaturkan untuk Rasulullah Muhammad SAW beserta keluarga dan sahabat-sahabatnya.

Menyelesaikan skripsi ini sebagai syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin sungguh merupakan suatu kebahagiaan dan kebanggaan tersendiri bagi Penulis. Namun keberhasilan ini tidak diperoleh Penulis dengan sendirinya, melainkan pula hasil dari beberapa pihak yang tidak henti-hentinya menyemangati Penulis dalam menyelesaikan kuliah dan tugas akhir ini.

Oleh karena itu, Dalam kesempatan ini seyogyanya Penulis menyampaikan terima kasih kepada beberapa sosok yang telah mendampingi upaya Penulis, sehingga Penulis dapat menyelesaikan skripsi ini. Terkhusus kepada kedua orang tua Penulis **Muslim Abkar Mustamin** dan **Damaris Simon** yang telah membesarkan Penulis dengan penuh kesabaran dan kasih sayang, yang dengan sabar mengurus, menasihati, serta mengajarkan arti dari kerja keras dan tidak mengenal

putus asa. Begitu juga kepada saudara Penulis **Diah Marwiyah Muslim, S.E.** yang secara tidak langsung telah memberikan motivasi kepada Penulis untuk terus bergerak maju menggapai cita-cita.

Pada kesempatan ini, Penulis juga menghaturkan rasa terima kasih kepada pihak-pihak yang telah membantu dalam penelitian hingga penulisan skripsi ini :

1. **Ibu Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, MA.,** selaku Rektor Universitas Hasanuddin beserta staf dan jajarannya.
2. **Ibu Prof. Dr. Farida Patitingi, S.H., M.Hum.,** selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin dan **Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H.,** selaku Wakil Dekan I, **Bapak Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., M.H.,** selaku Wakil Dekan II, serta **Bapak Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H.,** selaku Wakil Dekan III Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
3. **Bapak Prof. Dr. Muhadar, S.H., M.S.,** selaku Ketua Departemen Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
4. **Bapak Prof. Dr. H. M. Said Karim, S.H., M.H., M.Si.,** dan **Bapak Dr. Amir Ilyas, S.H., M.H.,** selaku pembimbing Penulis dalam menyelesaikan skripsi ini. Terima kasih atas bimbingannya semoga suatu saat nanti Penulis dapat membalas jasa yang telah diberikan.

5. **Bapak Prof. Dr. Syukri Akub, S.H., M.H., Bapak H. M. Imran Arief, S.H., M.S., dan Ibu Dr. Hj. Haeranah, S.H., M.H.,** terima kasih atas kesediaannya menguji Penulis, dan menerima skripsi Penulis yang masih sangat jauh dari yang diharapkan.
6. **Bapak Dr. Amir Ilyas, S.H., M.H.,** selaku Penasihat Akademik (PA) Penulis. Terima kasih atas kebaikan serta kesediaannya setiap kali Penulis berkonsultasi Kartu Rencana Studi (KRS).
7. Segenap **Guru Besar dan Dosen Pengajar Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin,** terima kasih untuk segala ilmu dan bimbingan yang telah diberikan selama proses perkuliahan hingga Penulis dapat menyelesaikan studi.
8. **Pegawai/Staf Akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin** atas bantuan dan keramahannya dalam membantu kebutuhan Penulis selama perkuliahan hingga penulisan skripsi ini sebagai tugas akhir.
9. **Pengelola Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin,** terima kasih telah memberikan waktu dan tempat selama penelitian skripsi ini berlangsung.
10. **Keluarga Besar ASAS 2013** yang selalu kompak, semoga kita menjadi penegak hukum yang dapat membangun bangsa lebih baik.

11. **Keluarga Besar *Asian Law Students Association Local Chapter* Universitas Hasanuddin (Alsa LC Unhas)** yang telah memberikan banyak ilmu pengetahuan serta pengalaman berorganisasi kepada Penulis.
12. **Keluarga Besar *National Moot Court Competition (NMCC)* Universitas Hasanuddin** khususnya kepada kakanda **Muhammad Fadhil, S.H., Zaldi, S.H., Iustika Puspa Sari, S.H., Adi Suriadi, S.H., M.H., Nurdiansyah, S.H., Jumardi, S.H., M.H., Andi Maulana Arif Nur, S.H., Andi Nurhidayat Putra, S.H.,** dan para senior-senior yang tidak bisa Penulis sebutkan satu persatu, terima kasih telah memberikan banyak ilmu kepada Penulis dan tidak henti-hentinya memberikan nasihat kepada Penulis.
13. **Delegasi Asas 5 SKS dalam *Local Moot Court Competition* Piala Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin 2014,** terima kasih kepada **Gusti Ngurah Rai, Muliadi Irwan, Eko Satriawan, Fathurrahman Marzuki, Febri Maulana, Dirwansyah Tahir, Muhammad Mubarak CP, Yanneri Andreas Panjaitan, Ummu Nurdawati, Zara Dwilistya, Nurul Yulindah, Nidaul Hasanah, Caecilia S. Birana, Fitriani, dan Firda Febrianty Savaros.** Terima kasih telah menjadi teman Penulis dalam berproses, berbagi ilmu dan pengetahuan.

14. Delegasi *National Moot Court Competition* (NMCC) Piala Mahkamah Agung Republik Indonesia XVIII, terima kasih kepada **Firman Nasrullah, Kartini, Resti Gloria Pasomba, Novitasari Supardjo, Rifqi Ibsam, Arifatin, Gusti Ngurah Rai, Indah Wahyuni Dian Ratnasari, Nidaul Hasanah, Ade Apriani, Lisa Nursyahbani, Andi Muhammad Riski, Zul Kurniawan Akbar, Muhammad Nugroho S, Billy Bobby Putra, Firda Febrianty Savaros, Ibrahim Arifin, Andi Srikandi MPB, dan Andi Nurul Asmi**, terima kasih telah menjadi saudara, teman seperjuangan, dan kompetitor sejati yang memberikan banyak pelajaran berarti bagi Penulis.
15. Delegasi *National Moot Court Competition* (NMCC) Piala Mahkamah Agung Republik Indonesia XIX, terima kasih kepada **Arifatin, Rifqi Ibsam, Indah Wahyuni Dian Ratnasari, Gusti Ngurah Rai, Ibrahim Arifin, Andi Srikandi MPB, dan Andi Nurul Asmi**, teman seperjuangan dari NMCC MA XVIII yang kembali berjuang bersama Penulis demi Piala Mahkamah Agung, juga terima kasih kepada **Nelson Sirenden, Eka Fitrianingsih, Irdyanti Amir, Nurfatimah, Yarni Nikita Ahmady, Rhila Hasmita Ramadhani Amin, Nurfadly Hamka, Ashar Asyari Zaenal, Indira Arum Puspitarani, Fadiel Muhammad, dan Sukardi**, terima kasih telah berjuang bersama

Penulis dan memberikan banyak pelajaran tentang kerja ikhlas, kerja cerdas, dan kerja keras.

16. **Keluarga Besar “TAMPAN?”**, terima kasih kepada **Muliadi Irwan, Dinul Haq Qayyim, Zulkhaeri Mualif, Dirwansyah Tahir, Ansyar Yusran, Zaki Abdul Hadi Alam, Azharul Nugraha, Fadel Muhammad, Zulfikri Amin, Akbar Syarif Hidayatullah, Fathurrahman Marzuki, Firman, Hirwan Ardiansyah**, dan yang lainnya yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, terima kasih telah menjadi teman seperjuangan Penulis selama menjalani perkuliahan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
17. **Teman-Teman Kuliah Kerja Nyata (KKN) Reguler Angkatan 93 Universitas Hasanuddin** di Kecamatan Watang Pulu, Kabupaten Sidrap, terkhusus di Posko desa Mattirotasi. Terima kasih kepada **Rahmat Rizaldi, Mustakim Burhan, Asfianti, Rahma Kasna, Elvianita Baby Rinding, dan Kurniati**, yang telah memberikan pengalaman yang tidak terlupakan dan penuh kesan selama masa pengabdian.
18. Terakhir, terima kasih kepada **Nurul Magfirah** yang telah membantu dan memberikan motivasi yang tidak henti-hentinya kepada Penulis sehingga skripsi ini dapat selesai.

Dengan segala keterbatasan dan kerendahan hati Penulis yang sangat menyadari bahwa skripsi ini masih sangat jauh dari kesempurnaan, sebab dalam dunia ilmiah “tidak ada kebenaran absolut”. Maka dari itu saran dan kritik yang bersifat konstruktif sangat Penulis harapkan demi kelayakan dan kesempurnaan kedepannya agar bisa diterima secara penuh oleh khalayak umum yang berminat terhadap skripsi ini.

Makassar, Mei 2017

Muhammad Taufiq Akbar M

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
PENGESAHAN SKRIPSI	ii
PERSETUJUAN PEMBIMBING	iii
PERSETUJUAN MENEMPUH UJIAN SKRIPSI	iv
ABSTRAK	v
ABSTRACT	vi
KATA PENGANTAR	vii
DAFTAR ISI.....	xiv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	11
C. Tujuan Penelitian	11
D. Manfaat Penelitian	12
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	13
A. Pejabat Pemerintahan	13
1. Pengertian Pejabat Pemerintahan	13
2. Wewenang Pemerintahan	17
3. Sifat Wewenang Pemerintahan.....	20
B. Diskresi	23
1. Pengertian Diskresi	23
2. Batas-Batas Penggunaan Diskresi	28
C. Ajaran Sifat Melawan Hukum	31
1. Pengertian Melawan Hukum	31
2. Pembagian Sifat Melawan Hukum	36
D. Penyalahgunaan Kewenangan.....	42

E. Tindak Pidana Korupsi.....	46
1. Pengertian Tindak Pidana Korupsi.....	46
2. Bentuk-Bentuk Tindak Pidana Korupsi	49
3. Subjek Hukum Tindak Pidana Korupsi.....	59
BAB III METODOLOGI PENELITIAN.....	67
A. Lokasi Penelitian.....	67
B. Jenis Penelitian.....	67
C. Jenis dan Sumber Data	69
D. Teknik Pengumpulan Data	70
E. Analisis Data	70
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	71
A. Hubungan Hukum Antara Diskresi dan Penyalahgunaan Kewenangan dalam Konteks Tindak Pidana Korupsi.....	71
1. Penyalahgunaan Kewenangan Sebagai Parameter Untuk Membatasi Kewenangan Diskresi Pejabat Pemerintahan.....	71
2. Hubungan Hukum Antara Diskresi, Penyalahgunaan Kewenangan, dan Ajaran Sifat Melawan Hukum	81
B. Tolak Ukur Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Penyalahgunaan Kewenangan yang Berimplikasi Pada Tindak Pidana Korupsi	95
1. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan Sebagai <i>Umbrella Act</i> Bagi Pejabat Pemerintahan Dalam Menggunakan Diskresi	95
2. Kerugian Keuangan Negara Sebagai Salah Satu Tolak Ukur Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Tindak Pidana Korupsi.....	105

3. Peranan Asas <i>Actus Non Facit Reum Nisi</i> <i>Mens Sit Rea</i> Dalam Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Tindak Pidana Korupsi	115
BAB V PENUTUP	124
A. Kesimpulan	124
B. Saran.....	127
DAFTAR PUSTAKA.....	129

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Kejahatan merupakan masalah sosial yang tidak hanya dihadapi oleh suatu masyarakat tertentu atau negara tertentu saja tetapi merupakan masalah yang dihadapi oleh seluruh dunia.¹ Kejahatan merupakan suatu *Universal Phenomena*, dari tahun ke tahun jumlah dan kualitas kejahatan semakin meningkat dan merambah berbagai sektor dalam kehidupan masyarakat. Salah satu jenis kejahatan yang kian marak terjadi dan dipandang bukan lagi sebagai sebuah kejahatan biasa adalah tindak pidana korupsi.

Dalam perkembangannya, tindak pidana korupsi telah terjadi secara sistematis dan meluas merambah berbagai sektor dan menimbulkan efek kerugian kepada negara yang pada akhirnya akan menyengsarakan rakyat. Dampak luar biasa yang ditimbulkan oleh tindak pidana korupsi membuat tindak pidana korupsi dikategorikan sebagai kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*).

Pemberantasan terhadap tindak pidana korupsi di Negara Republik Indonesia merupakan salah satu agenda reformasi yang paling dasar untuk mewujudkan tata pemerintahan yang baik (*good governance*). Pada

¹ Barda Nawawi Arief, 1994, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, CV Ananta, Semarang, hlm. 11.

waktu digulirkannya reformasi ada suatu keyakinan bahwa peraturan perundang-undangan yang dijadikan sebagai landasan untuk memberantas tindak pidana korupsi dipandang tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat. Hal tersebut dapat dilihat dalam konsideran Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang menyatakan sebagai berikut :

“Bahwa Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dalam masyarakat, karena itu perlu diganti dengan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang baru sehingga diharapkan lebih efektif dalam mencegah dan memberantas tindak pidana korupsi”.

Dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), disusul dengan dibentuknya Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang kewenangannya diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, serta dibentuknya pengadilan khusus untuk mengadili perkara tindak pidana korupsi atau sering disebut dengan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, membawa semangat dan harapan tersendiri bagi masyarakat yakni pemberantasan tindak pidana korupsi diharapkan dapat menjadi lebih optimal sehingga dapat memperbaiki sektor perekonomian bangsa.

Langkah pemerintah untuk terus memperbaharui peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi adalah langkah yang patut diapresiasi. Akan tetapi menurut Ian McWalters, keseriusan suatu negara dalam memberantas korupsi tidak hanya dilihat dari seberapa banyak undang-undang yang ditetapkan, tetapi juga dinilai dari tindakan-tindakan pemerintahnya dalam menerapkan undang-undang itu. Karena pada kenyataannya pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia terkesan berjalan di tempat. Berdasarkan survei yang dilakukan oleh *Transparency International* pada tahun 2016, angka *Corruption Perceptions Index* dari Indonesia berada pada angka 37. Angka tersebut terbilang rendah karena angka *Perception Corruption Index* berada pada rentang angka 0-100. Dimana angka 0 berarti negara tersebut sangat korup, sementara angka 100 berarti sangat bersih.² Angka *corruption Perception Index* tersebut menggambarkan pemberantasan terhadap tindak pidana korupsi belum berjalan secara optimal.

Salah satu penyebab tindak pidana korupsi menjadi sangat sulit diberantas karena aktor-aktor utama tindak pidana korupsi adalah pejabat pemerintahan yang seharusnya menjadi perpanjangan tangan dari negara untuk mensejahterakan rakyat. Semakin banyaknya pejabat pemerintahan ditetapkan sebagai tersangka kasus tindak pidana korupsi sejalan dengan ungkapan Lord Acton yang menyatakan "*Power tends to corrupt, absolute*

² Transparency Internasional, "Corruption Perceptions Index 2016:Results", diakses dari <http://www.transparency.org/cpi2016/results>, pada tanggal 14 Februari 2017 Pukul 15.17 WITA

power corrupt absolutely". Sebuah kekuasaan itu cenderung kepada perbuatan korupsi, kekuasaan yang absolut pasti terjadi korupsi merupakan arti dasar ungkapan Lord Acton tersebut.

Fenomena maraknya pejabat pemerintahan yang tersandung kasus korupsi bukan saja menjadi persoalan yang cukup memprihatinkan, tetapi juga menyisahkan persoalan bagi proses penyelenggaraan pemerintahan. Disamping karena dugaan penyalahgunaan kewenangan, penerimaan gratifikasi dan suap, penetapan status tersangka korupsi juga disematkan kepada pejabat pemerintahan karena kewenangan diskresi yang melekat pada dirinya dipandang sebagai tindakan yang tidak berdasarkan peraturan perundang-undangan dan berpotensi merugikan keuangan negara.

Bagi kalangan masyarakat, penetapan tersangka kepada pejabat pemerintahan atas dugaan tindak pidana korupsi dapat dipandang sebagai sebuah keberhasilan penegak hukum dalam memerangi tindak pidana korupsi. Namun bagi aparaturnya penyelenggaraan pemerintahan justru dapat dimaknai sebagai momok karena tidak ada jaminan bahwa pada gilirannya dapat saja mereka akan mengalami hal serupa, menjadi pesakitan dibalik jeruji besi karena masuk dalam jeratan hukum tindak pidana korupsi. Persoalan ini tentu akan berdampak pada terganggunya proses penyelenggaraan pemerintahan.

Pengkualifikasian diskresi sebagai tindak pidana korupsi menjadi objek kajian yang menarik untuk di bahas. Diskresi yang pada hakikatnya merupakan kewenangan dari pejabat pemerintahan untuk mengeluarkan keputusan atau melakukan tindakan atas inisiatifnya sendiri tanpa bergantung pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sering kali dianggap sebagai penyalahgunaan kewenangan oleh aparat penegak hukum. Tidak adanya peraturan yang jelas mengenai prosedur penggunaan serta batasan-batasan dari diskresi adalah pangkal dari masalahnya.

Sementara pada hakikatnya kewenangan diskresi diberikan kepada pejabat pemerintahan sebagai pelengkap dari aturan perundang-undangan. Karena pada prinsipnya peraturan perundang-undangan tidak dapat mengikuti perkembangan dinamika dimasyarakat sehingga diperlukan kemerdekaan bagi pejabat pemerintahan untuk mengeluarkan keputusan secara cepat sesuai dengan persoalan yang dihadapi. Karena tidak mungkin seorang pejabat pemerintahan tidak melakukan sesuatu dengan alasan menunggu sampai dibuatnya suatu aturan atau menunggu suatu aturan yang baru (*Rechtsvacuum*).

Permasalahan mengenai diskresi sebenarnya telah memasuki wilayah abu-abu (*grey area*) antara hukum administrasi negara dan hukum pidana dengan segala permasalahan dengan proses pembedanya, bahkan hingga kini menimbulkan debatabilitas di kalangan ahli hukum pidana, praktisi, maupun akademisi hukum. Dalam ranah hukum

administrasi negara, kebijakan pejabat pemerintahan dalam bentuk *beleid* (*vrijbestuur*) maupun diskresi (*discretionary power*) menjadi ajang kajian akademis untuk dijadikan penolakan maupun justifikasi pembedaan dalam area hukum pidana.

Ada beberapa faktor yang menyebabkan diskresi seringkali di mendapat justifikasi sebagai tindak pidana korupsi dalam ranah hukum pidana. Pertama, dari segi peraturan perundang-undangan khususnya Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang tidak memuat aturan yang jelas bahkan terkesan menimbulkan penafsiran yang begitu luas. Misalnya tidak diaturnya pengertian mengenai penyalahgunaan kewenangan sedangkan penyalahgunaan kewenangan atau dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi disebut dengan “menyalahgunakan kewenangan” merupakan inti delik (*bestanddeel delict*) dalam pasal tersebut. Implikasi dari tidak diaturnya pengertian penyalahgunaan kewenangan secara eksplisit dalam hukum pidana khususnya tindak pidana korupsi ialah dapat mengakibatkan tindakan dari pejabat pemerintahan sangat mudah untuk di justifikasi sebagai tindak pidana khususnya terkait dengan kewenangan diskresi yang tidak terikat pada peraturan perundang-undangan karena perbuatan penyalahgunaan kewenangan dapat memunculkan multitafsir dari para penegak hukum.

Faktor kedua ialah pemahaman hukum yang keliru dari penegak hukum khususnya dalam memaknai inti (*bestanddeel delict*) dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Penegak hukum terlalu bergantung dengan unsur “menyalahgunakan kewenangan” dan melupakan bahwa dalam tindak pidana korupsi harus ada yang menerima keuntungan, baik itu individu dari pelaku maupun orang lain atau korporasi. Diskresi sering dipandang sebagai penyalahgunaan kewenangan karena tidak didasari oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku, padahal semestinya untuk mengkualifikasikan diskresi sebagai penyalahgunaan kewenangan terlebih lagi sebagai tindak pidana korupsi harus ditinjau terlebih dahulu apakah pelaku menerima keuntungan dari diskresi yang dikeluarkannya ataukah ada orang lain yang diuntungkan. Atau dengan kata lain apakah dalam menggunakan kewenangan diskresi tersebut terdapat niat jahat (*mens rea*) atau tidak dari pelaku.

Salah satu contoh justifikasi diskresi sebagai tindak pidana yang paling menyita perhatian adalah dugaan korupsi Sistem Administrasi Badan Hukum (Sisminbakum). Meskipun kasus ini sudah terbilang cukup lama yaitu sejak tahun 2008 hingga akhirnya dihentikan oleh Kejaksaan pada tahun 2012, namun tetap saja menjadi bahan pembahasan para akademisi hukum karena proses pembuktiannya yang memakan waktu cukup lama dan menyeret sejumlah orang-orang ternama mulai dari menteri hingga akademisi hukum. Sehingga tidak mengherankan ketika

kajian mengenai apakah diskresi merupakan tindak pidana korupsi atau tidak tentu selalu bertitik tolak pada kasus Sisminbakum.

Kasus Sisminbakum bermula saat Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia saat itu bermaksud mengadakan Sistem Administrasi Badan Hukum sesuai dengan kebijakan negara (*staatsbeleid*) untuk menanggulangi krisis moneter. Pembuatan Sisminbakum ditujukan untuk mempermudah pelaku usaha untuk mengesahkan perseroannya menjadi badan hukum yang sebelumnya dilakukan secara manual, dengan adanya sisminbakum pelaku usaha dapat mengesahkan perseroannya menjadi badan hukum dengan sistem elektronik. Setelah Sisminbakum dibangun berdasarkan keputusan Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Nomor M-1.HT.01.01 TH 2000 dan surat Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia selaku Pembina Utama Koperasi Pengayoman Pegawai Departemen Kehakiman Nomor 19 K/Kep/KPPDK/X/2000, maka ditandatangani perjanjian kerjasama antara pihak swasta dalam hal ini PT. Rekatama Dinamika (PT. SRD) sebagai pengelola dan pelaksana Sisminbakum dan Koperasi Pengayoman Pegawai Departemen Kehakiman (KPPDK).

Dalam perjanjian kerjasama antara PT. SRD dan Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia disepakati bahwa dalam jangka waktu 7 tahun dan 2 bulan pembagian akses fee (biaya registrasi dari para notaris untuk mengesahkan badan hukum) akan dibagi 90% untuk PT. SRD dan 10% untuk KPPDK, setelah selesai jangka waktu tersebut pembagian

akan berubah menjadi 85% untuk PT. SRD dan 15% untuk KPPDK dan setelah lewat jangka waktu 10 tahun seluruh perangkat Sisminbakum akan menjadi milik KPPDK dan seluruh uang yang diterima dimasukkan ke kas negara sebagai pendapatan negara bukan pajak. Dan pada akhirnya Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia pada saat itu ditetapkan sebagai tersangka, karena dianggap melakukan tindakan tanpa didasari peraturan perundang-undangan atau penyalahgunaan kewenangan dan berpotensi merugikan keuangan negara serta menguntungkan pihak-pihak tertentu.

Dari kasus Sisminbakum dapat dilihat bahwa pada kenyataannya penegak hukum sering melakukan kesalahan penafsiran unsur menyalahgunakan kewenangan dan unsur menguntungkan diri sendiri, orang lain, atau suatu korporasi. Sementara pembuatan Sisminbakum di latar belakang oleh diskresi untuk mengatasi krisis moneter yang terjadi, persoalan apakah ada pihak yang diuntungkan hal tersebut adalah hal yang lumrah karena dalam perjanjian kerja sama akan ada satu pihak yang diuntungkan secara materiil dan akan ada pihak lain diuntungkan dari sisi nonmateriil. Hal tersebut yang sebenarnya kurang dipahami oleh penegak hukum. Bahkan khusus kasus Sisminbakum, pada akhirnya Kejaksaan menghentikan penyidikan terhadap kasus Sisminbakum karena tidak cukup bukti dan tidak adanya sifat melawan hukum dalam kasus tersebut.

Euforia pemberantasan korupsi sebagai salah satu agenda reformasi memang patut diapresiasi namun bukan berarti minus persoalan. Maraknya pejabat pemerintahan yang masuk dalam jerat hukum tindak pidana korupsi karena kewenangan diskresi yang melekat pada jabatannya adalah sebuah ironi. Untuk mengatasi hal tersebut, maka diperlukan pemahaman hukum yang sejalan dari praktisi maupun akademisi hukum dalam memaknai rumusan pasal dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Serta diperlukan adanya harmonisasi peraturan perundang-undang untuk mencegah benturan norma atau *spanning* dalam proses penegakan hukum terlebih lagi jika terkait dengan kewenangan diskresi yang dimiliki pejabat pemerintahan yang berada pada dua wilayah yakni antara ranah hukum pidana dan ranah hukum administrasi negara.

Berdasarkan latar belakang tersebut diatas, maka penulis berinisiatif mengangkat sebuah judul **“Analisis Normatif Terhadap Penggunaan Diskresi oleh Pejabat Pemerintahan dalam Hubungannya dengan Penyalahgunaan Kewenangan pada Tindak Pidana korupsi”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka penulis menguraikan rumusan masalah sebagai berikut:

- 1) Bagaimanakah hubungan hukum antara penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan dan perbuatan penyalahgunaan kewenangan dalam konteks tindak pidana korupsi?.
- 2) Bagaimanakah tolak ukur untuk mengkualifikasikan diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi?.

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah tersebut, adapun tujuan yang hendak dicapai melalui penelitian ini ialah sebagai berikut :

- 1) Untuk mengetahui hubungan hukum antara penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan dan perbuatan penyalahgunaan kewenangan yang dalam konteks tindak pidana korupsi.
- 2) Untuk mengetahui tolak ukur untuk mengkualifikasikan diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat yang diharapkan Penulis dari penelitian ini adalah:

- 1) Diharapkan dapat memberikan sumbangsih teoritis bagi perkembangan dan kemajuan ilmu pengetahuan, dalam hal ini perkembangan dan kemajuan ilmu hukum pidana dan ilmu hukum administrasi negara.
- 2) Diharapkan penulisan ini dapat dijadikan bahan tambahan bagi para akademisi dan kalangan yang berminat sehingga dapat menjadi bahan penelitian selanjutnya;
- 3) Diharapkan penulisan ini dapat menjadi pertimbangan dalam rangka penegakan hukum demi mencapai tujuan hukum nasional;

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pejabat Pemerintahan

1. Pengertian Pejabat Pemerintahan

Sebelum membahas lebih lanjut mengenai pengertian pejabat pemerintahan, terlebih dahulu perlu diketahui pengertian dari jabatan (*ambt*), pejabat, dan pemerintahan. Bahwa yang dimaksud dengan jabatan adalah lingkungan kerja tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan akan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi. Sedangkan yang dimaksud dengan organisasi adalah kumpulan jabatan atau lingkungan kerja tetap dengan berbagai fungsi.³

E. Utrecht mengatakan jabatan adalah sebagai pendukung hak dan kewajiban, sebagai subjek hukum (*persoon*) berwenang melakukan perbuatan hukum (*rechtshandelingen*) baik menurut hukum publik maupun hukum privat. Ditambahkan lagi bahwa jabatan dapat menjadi pihak dalam suatu perselisihan hukum (*process party*) baik diluar maupun pada pengadilan perdata dan administrasi.⁴

³ I Gde Pantja Astawa, 2008, *Problematisasi Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 19.

⁴ E. Utrecht, 1960, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Bahan Ajaran Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Padjajaran, Bandung, hlm. 144.

Lingkup jabatan dalam organisasi negara dapat dibedakan dengan berbagai cara yaitu :⁵

- 1) Jabatan alat kelengkapan negara (lazim dikenal dengan sebutan jabatan negara) dan jabatan penyelenggara administrasi negara.
- 2) Jabatan politik dan bukan jabatan politik.
- 3) Jabatan yang secara langsung bertanggungjawab dan berada dalam kendali/pengawasan publik dan jabatan yang tidak langsung bertanggung jawab dan berada dalam kendali/pengawasan publik.
- 4) Jabatan yang secara langsung melakukan pelayanan umum dan jabatan yang tidak secara langsung melakukan pelayanan umum.

Agar jabatan dan fungsi-fungsi tersebut menjadi konkret dan bergerak mencapai sasaran dan tujuan harus ada pemangku jabatan/pejabat. Yang dimaksud dengan pemangku jabatan/pejabat adalah orang perorangan yang duduk dan didudukkan dalam suatu jabatan dengan tugas dan wewenang tertentu untuk merealisasikan berbagai fungsi jabatan tertentu. Agar tugas dan wewenang pejabat dapat dilaksanakan dalam suatu tindakan konkret dan dapat dipertanggungjawabkan (secara politik, hukum, dan sosial) kepada pejabat dibekali dengan hak dan kewajiban tertentu. Antara tugas dan

⁵ I Gde Pantja Astawa, *Op. cit*, hlm. 20.

wewenang di satu pihak dan hak dan kewajiban di pihak lain terdapat hubungan yang bersifat fungsional satu sama lain. Penentuan tugas dan wewenang akan menjadi pengukur apakah hak dan kewajiban dijalankan sebagaimana mestinya atau telah terjadi tindakan yang melampaui wewenang (*detournement de pouvoir*) atau telah terjadi penyalahgunaan kewenangan (*misbruik van recht/abuse of power*).⁶ Sedangkan menurut pengertian bahasa, pejabat adalah pegawai pemerintah yang memegang jabatan penting (unsur pimpinan).⁷ Dalam bahasa Belanda istilah pejabat dikenal dengan *ambtdrager* yaitu orang yang diangkat dalam dinas pemerintahan (negara, propinsi, kotapraja).⁸

Sedangkan pengertian dari pemerintahan memiliki dua arti, yakni dalam arti luas dan dalam arti sempit. Pemerintahan dalam arti luas yang disebut *regering* atau *government*, yakni pelaksanaan tugas seluruh badan-badan, lembaga-lembaga dan petugas-petugas yang disertai wewenang mencapai tujuan negara. Arti pemerintahan meliputi kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial atau alat-alat kelengkapan negara yang lain yang juga bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan pemerintah dalam arti sempit (*bestuurvoering*), yakni mencakup organisasi fungsi-fungsi yang menjalankan tugas pemerintahan. Titik berat pemerintahan

⁶ *Ibid.*

⁷ Anton M. Moeliono, 1995, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 393.

⁸ N. E. Algra et al., 1983, *Kamus Istilah Hukum Fockerma Andreae, Belanda Indonesia*, Binacipta, Jakarta, hlm. 374.

dalam arti sempit ini hanya berkaitan dengan kekuasaan yang menjalankan fungsi eksekutif saja.⁹

Philipus M. Hadjon memberikan pendapatnya mengenai pemerintahan sebagai berikut:¹⁰

Pemerintahan dapat dipahami melalui dua pengertian: di satu pihak dalam arti “fungsi pemerintahan” (kegiatan memerintah), di lain pihak dalam arti “organisasi pemerintahan” (kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan). Fungsi pemerintahan ini secara keseluruhan terdiri dari berbagai macam tindakan-tindakan pemerintahan: keputusan-keputusan, ketetapan-ketetapan yang bersifat umum, tindakan-tindakan hukum perdata dan tindakan-tindakan nyata. Hanya perundang-undangan dari penguasa politik dan peradilan oleh para hakim tidak termasuk di dalamnya.

Menurut Suhady, pemerintah (*government*) ditinjau dari pengertiannya adalah *the authoritative direction and administration of the affairs of men/women in a nation state, city, ect.* Dalam bahasa Indonesia sebagai pengarah dan administrasi yang berwenang atas kegiatan masyarakat dalam sebuah negara, kota dan sebagainya. Pemerintahan dapat juga diartikan sebagai *the governing body of a nation, state, city, ect.* Yaitu lembaga atau badan yang menyelenggarakan pemerintahan negara, negara bagian, atau kota dan sebagainya.¹¹

⁹ Sadjijono, 2008, *Memahami Beberapa Bab Pokok Hukum Administrasi*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, hlm. 41.

¹⁰ Philipus M. Hadjon, et al., 2011, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesia Administrative Law)*, Cetakan Kesebelas, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm 6-8.

¹¹ Riawan, 2009, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 197.

Dengan demikian dapat disimpulkan pejabat pemerintahan adalah orang yang diangkat dan didudukkan dalam dinas pemerintahan yang disertai tugas dan wewenang untuk melakukan pekerjaan pemerintah yang ruang lingkup pekerjaannya ialah badan eksekutif atau sering disebut pejabat administrasi negara.

2. Wewenang Pemerintahan

Menurut P. Nicolai wewenang pemerintahan adalah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu yakni tindakan atau perbuatan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya akibat hukum (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen is handelingen die op rechtsgevolg gericht zijn en dus ertoe strekken dat bepaalde rechtsgevolgen ontstaan of teniet gaan*). Selanjutnya dikemukakan bahwa dalam wewenang pemerintahan itu tersimpul adanya hak dan kewajiban dari pemerintah dalam melakukan tindakan atau perbuatan pemerintah tersebut. Pengertian hak menurut P. Nicolai berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu (*een recht houdt in de vrijheid om een bepaalde feitelijke handeling te verrichten op na te laten, of de aanspraak op het verrichten van een handeling door een ander*). Sedangkan kewajiban dimaksudkan sebagai pemuatan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan (*een*

*plicht impliceert een verplichting om een bepaalde handeling te verrichten op na telaten).*¹²

Bagir Manan mempertegas istilah dan terminologi apa yang dimaksudkan dengan wewenang pemerintahan. Menurutnya, wewenang dalam bahasa hukum tidaklah sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Sedangkan, wewenang dalam hukum dapat sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Dalam kaitan dengan proses penyelenggaraan pemerintahan, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbestuuren*), sedangkan kewajiban berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Dengan demikian, substansi dari wewenang pemerintahan adalah kemampuan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum pemerintahan (*het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen*).¹³

Kewenangan (*authority*) adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap segolongan orang tertentu maupun terhadap suatu bidang pemerintahan tertentu yang berasal dari kekuasaan legislatif atau dari kekuasaan pemerintah, sedangkan pengertian wewenang (*competence*) hanyalah mengenai onderdil tertentu atau bidang tertentu saja. Dengan demikian, wewenang adalah kemampuan untuk melakukan suatu tindakan

¹² Aminuddin Ilmar, 2013, *Hukum Tata Pemerintahan*, Identitas Universitas Hasanuddin, Makassar, hlm. 115-116.

¹³ Sadjijono, *Op. cit*, hlm. 51.

hukum publik atau secara yuridis wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan hukum tertentu.¹⁴

Menurut H. D Stout wewenang merupakan suatu pengertian yang berasal dari hukum organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subyek hukum publik di dalam hubungan hukum publik (*bevoegdheid is een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht, wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijging en uit oefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden rechtsverkeer*). Lebih lanjut H. D. Stout dengan berdasar pada pendapat Goorden, mengatakan bahwa wewenang adalah "*het geheel van rechten en plichten dat hetzij expliciet door de wetgever aan publiekrechtelijke rechtssubjecten is toegekend*".¹⁵ Bahkan, L. Tonnaer secara tegas mengemukakan bahwa kewenangan pemerintah dalam kaitan ini dianggap sebagai kemampuan untuk melakukan hukum positif dan dengan begitu dapat diciptakan suatu hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara (*overheids bevoegdheid wordt in dit verband op gevat als het vermogen om positief recht vas te stellen en al*

¹⁴ Prajudi Atmosudirdjo, 1981, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 78

¹⁵ Ridwan H.R., 2010, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 98.

*dus rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling en tussen overheid en te scheppen).*¹⁶

Dalam konsepsi negara hukum wewenang pemerintahan itu berasal dari peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana dikemukakan Huisman yang menyatakan bahwa organ pemerintahan tidak dapat menganggap ia memiliki sendiri wewenang pemerintahan. Kewenangan hanya diberikan oleh undang-undang. Pembuat undang-undang tidak hanya memberikan wewenang pemerintahan kepada organ pemerintahan, akan tetapi juga terhadap para pegawai atau terhadap badan khusus untuk itu. Pendapat yang sama dikemukakan oleh P. De Haan dengan menyebutkan bahwa wewenang pemerintahan tidaklah jatuh dari langit, akan tetapi ditentukan oleh hukum (*overheidsbevoegdheden komen niet uit de lucht vallen, zij worden door het recht genormeerd*).¹⁷

3. Sifat Wewenang Pemerintahan

Wewenang merupakan kekuasaan untuk melakukan semua tindakan atau perbuatan hukum publik. Prajudi Atmosudirdjo mengemukakan bahwa pada dasarnya wewenang pemerintahan itu dapat dijabarkan kedalam dua pengertian yakni sebagai hak untuk menjalankan suatu urusan pemerintahan (dalam arti sempit) dan sebagai hak untuk

¹⁶ Juniarso Ridwan dan Ahmad Sodik Sudrajat, 2012, *Hukum Administrasi Negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, Nuansa, Bandung, hlm. 136.

¹⁷ Aminuddin Ilmar, *Op. cit*, hlm. 117.

dapat secara nyata memengaruhi keputusan yang akan diambil oleh instansi pemerintah lainnya (dalam arti luas).¹⁸

Peter Leyland dan Terry Woods dengan tegas menyatakan bahwa kewenangan publik mempunyai dua ciri utama yakni, *pertama* bahwa setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintahan mempunyai kekuatan mengikat kepada seluruh anggota masyarakat, dalam arti harus dipatuhi oleh seluruh anggota masyarakat dan *kedua*, bahwa setiap keputusan yang dibuat oleh pejabat pemerintah mempunyai fungsi publik atau melakukan pelayanan publik. Dari uraian tersebut dapat disimpulkan, bahwa wewenang khususnya wewenang pemerintahan adalah kekuasaan yang ada pada pemerintah untuk menjalankan fungsi dan tugasnya berdasar peraturan perundang-undangan.¹⁹

Safri Nugraha dan kawan-kawan mengemukakan bahwa sifat wewenang pemerintahan itu meliputi tiga aspek yakni selalu terikat pada suatu masa tertentu, selalu tunduk pada batas yang ditentukan dan pelaksanaan wewenang pemerintahan terikat pada hukum tertulis dan hukum tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). Lebih lanjut, dikemukakan bahwa sifat wewenang yang selalu terikat pada suatu masa tertentu ditentukan secara jelas dan tegas melalui suatu peraturan perundang-undangan. Lama berlakunya wewenang tersebut juga disebutkan dalam peraturan yang menjadi dasarnya. Sehingga bilamana

¹⁸ Prajudi Atmosudirdjo, *Op. cit*, hlm. 76.

¹⁹ Aminuddin Ilmar, *Op. cit*, hlm. 122.

wewenang pemerintahan tersebut dipergunakan dan tidak sesuai dan sifat wewenang pemerintahan itu, maka tindakan atau perbuatan pemerintah itu bisa dikatakan tidak sah atau batal demi hukum. Selain itu, sifat wewenang yang berkaitan dengan batas wilayah wewenang pemerintahan atau wewenang itu selalu tunduk pada batas yang telah ditentukan berkaitan erat dengan batas wilayah kewenangan dan batas cakupan dari materi kewenangannya. Batas wilayah kewenangan terkait erat dengan ruang lingkup kompetensi absolut dari wewenang pemerintahan tersebut.²⁰

Kepustakaan hukum administrasi membagi sifat wewenang pemerintah yakni bahwa terdapat wewenang pemerintahan yang bersifat terikat, fakultatif, dan bebas. Indroharto mengemukakan bahwa wewenang pemerintahan yang bersifat terikat terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan, atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil. Dengan kata lain, terjadi apabila peraturan dasar yang menentukan isi dari keputusan yang harus diambil secara terinci, maka wewenang pemerintahan semacam itu merupakan wewenang yang bersifat terikat.

Sedangkan wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan atau pejabat pemerintah yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu saja

²⁰ *Ibid*, hlm. 122.

sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya. Wewenang pemerintahan yang bersifat bebas terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan atau pejabat pemerintah untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup kebebasan kepada pejabat pemerintah untuk mengambil suatu tindakan atau perbuatan pemerintahan.²¹

B. Diskresi

1. Pengertian Diskresi

Diskresi berasal dari bahasa belanda "*Discretionair*" yang berarti kebijaksanaan dalam hal seseorang pejabat berwenang memutuskan sesuatu tindakan tidak berdasarkan ketentuan-ketentuan peraturan, undang-undang atau hukum yang berlaku tetapi atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan. Dalam bahasa inggris diartikan sebagai "*Discretion*" yang berarti sebagai suatu kebijaksanaan, keleluasaan. dalam kamus hukum, diskresi memiliki pengertian sebagai suatu kebebasan seorang pejabat mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.²²

Diskresi sering disebut *Freies Ermessen* dalam hukum administrasi negara. Secara bahasa *Freies Ermessen* berasal dari kata *frei* yang

²¹ Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik Sudrajat, *Op. cit*, hlm. 140.

²² J. C. T. Simorangkir et al., 2008, *Kamus Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 38.

artinya bebas, lepas, tidak terikat dan merdeka. Sementara *Ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga atau mempertimbangkan sesuatu.²³ Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *Freies Ermessen (Diskresionare)* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.²⁴

Ada beberapa pakar hukum yang memberikan definisi mengenai diskresi diantaranya S. Prajudi Atmosudirdjo yang mendefinisikan diskresi, *discretion* (inggris), *discretionair* (Prancis), *freies ermessen* (Jerman), sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri. Selanjutnya dijelaskanya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum administrasi negara yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu, perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara yang terdiri atas diskresi bebas dan diskresi terikat.²⁵

²³ Yopi Morya Immanuel Patiro, 2012, *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, CV Keni Media, Bandung, hlm.13.

²⁴ Ridwan H.R, *Op. cit*, hlm.177.

²⁵ Prajudi Atmosudirdjo, *Op. cit*, hlm. 82.

Definisi yang lain hampir sama disampaikan oleh Nata Saputra, yakni suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi, yaitu kebebasan yang pada dasarnya memperkenankan alat administrasi negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*dolmatigheid*) daripada berpegang teguh pada keteguhan hukum.²⁶

Sjachran Basah mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi negara itu sesuai dengan hukum, sebagaimana telah ditetapkan dalam negara hukum berdasarkan Pancasila.²⁷ Sedangkan Diana Halim Koentjoro mengartikan *freies ermessen* sebagai kemerdekaan bertindak administrasi negara atau pemerintah (eksekutif) untuk menyelesaikan masalah yang timbul dalam keadaan kegentingan yang memaksa dimana peraturan penyelesaian untuk masalah itu belum ada.²⁸

Selanjutnya Muchsan menjabarkan diskresi sebagai kewenangan yang bersifat bebas yang diberikan kepada pejabat publik karena peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan memberikan ruang gerak kebebasan untuk bertindak. Maksudnya, pejabat publik diberi kebebasan untuk menentukan sendiri bagaimana

²⁶ M. Nata Saputra, 1988, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta, hlm.15.

²⁷ Sjachran Basah, 1997, *Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 3

²⁸ Diana Halim Koentjoro, 2004, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 41.

mengartikan (menangkap maksud dan tujuan) dari kewenangan untuk menyelenggarakan pemerintahan yang dibebankan kepadanya.²⁹

Sedangkan Indroharto berpendapat bahwa diskresi sebenarnya merupakan kebebasan untuk menentukan kebijaksanaan atau kebebasan untuk mengadakan suatu penilaian mana yang baik, mana yang kurang baik, mana yang tepat, dan mana yang tidak tepat. Dalam implementasinya, diskresi mempunyai dua pola, yaitu :³⁰

- 1) Kebebasan untuk menilai secara obyektif, yaitu apabila norma dalam undang-undangnya bersifat samar-samar akan tetapi sesungguhnya dimaksudkan sebagai norma hukum yang obyektif, karena rumusan eksplisitnya sulit untuk diberikan, misalnya : rumusan “bertingkah laku sebagai abdi negara yang baik”.
- 2) Kebebasan menilai secara subyektif, artinya adanya kebebasan melakukan suatu kebijakan sendiri, karena undang-undang memberikan wewenang kepada pejabat publik untuk menentukan sendiri apa yang harus dilakukan ketika menghadapi suatu peristiwa konkrit.

²⁹ Muchsan, 1992, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 13.

³⁰ Indroharto, 2000, *Usaha memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I : Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. 98-99.

Lebih lanjut Esmi Warassih mengatakan bahwa dalam rangka pelaksanaan kebijaksanaan publik, para birokrat dapat menentukan kebijaksanaannya sendiri untuk menyesuaikan dengan situasi dimana mereka berada, terutama yang berkaitan dengan ketersediaan sumber daya serta informasi, tenaga ahli, tenaga-tenaga terampil maupun mengenai pengetahuan yang mereka miliki. Itu berarti diskresi merupakan fenomena yang amat penting dan fundamental, terutama didalam mengimplementasikan suatu kebijaksanaan publik. Dengan adanya diskresi diharapkan agar dengan kondisi yang ada dapat dicapai suatu hasil atau tujuan yang maksimal.³¹

Pengertian diskresi juga dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disebut Undang-Undang Administrasi Pemerintahan) yang diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 9, yang mengartikan bahwa diskresi sebagai keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan, dalam hal peraturan perundang-undangan tidak memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

³¹ Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandru Utama, Semarang, hlm. 138-139.

2. Batas-Batas Penggunaan Diskresi

Penggunaan diskresi pada dasarnya telah diatur secara tegas dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Dalam Pasal 24 dijelaskan bahwa penggunaan diskresi pada dasarnya harus memenuhi beberapa syarat diantaranya:

- 1) Sesuai dengan tujuan diskresi yaitu untuk meluncurkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, mengatasi stagnasi pemerintahan;
- 2) Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- 3) Sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik;
- 4) Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- 5) Tidak menimbulkan konflik kepentingan;
- 6) Dilakukan dengan itikad baik.

Dari syarat-syarat penggunaan diskresi sebagaimana yang termuat dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka dapat dilihat bahwa rambu-rambu dalam penggunaan diskresi dan pembuatan kebijakan pemerintah berdasarkan hukum administrasi negara adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik, khususnya asas larangan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) dan asas larangan sewenang-wenang (*willekeur*). Dengan kata lain, kebijakan pemerintah akan dikategorikan kebijakan yang menyimpang jika

didalamnya ada unsur sewenang-wenang. Selain itu kebijakan dianggap menyimpang jika bertentangan dengan kepentingan umum.

Selanjutnya dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menyebutkan bahwa penggunaan diskresi wajib dipertanggungjawabkan kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan diskresi yang telah diambil serta dapat di uji melalui upaya administratif atau gugatan di peradilan tata usaha negara. Ketentuan tersebut berarti bahwa Undang-Undang Administrasi Pemerintahan bukan hanya memberikan batas-batas penggunaan diskresi oleh badan/pejabat pemerintahan, akan tetapi juga mengatur mengenai pertanggungjawaban badan/pejabat pemerintahan terhadap penggunaan diskresi yang tidak hanya bersifat pasif dalam arti menunggu adanya gugatan dari masyarakat melalui pengadilan tata usaha negara, akan tetapi juga bersifat aktif dengan adanya kewajiban mempertanggungjawabkan penggunaan diskresi kepada pejabat atasannya mengingat hal tersebut merupakan suatu kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang menjadi dasar adanya diskresi itu sendiri dan didalam penjelasannya disebutkan bahwa pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi.

Meskipun dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan tidak mengatur sanksi apabila ketentuan keharusan melapor kepada atasan tersebut tidak dilaksanakan, tetapi paling tidak dengan dijadikannya batas-

batas penggunaan diskresi sebagai suatu norma yang mengikat, maka hal tersebut sudah cukup untuk menghindari dilaksanakannya penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) dan perbuatan sewenang-wenang (*willekeur*) oleh badan/pejabat pemerintahan, sebab tujuan utama dari normatifikasi adalah menciptakan dan menjadikan hukum administrasi menunjang kepastian hukum yang memberi jaminan dan perlindungan hukum, baik bagi warga negara maupun administrasi negara.

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan juga memberikan penegasan batas ruang lingkup penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan meliputi :

- a) Pengambilan keputusan atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan atau tindakan;
- b) Pengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
- c) Pengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
- d) Pengambilan keputusan atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

C. Ajaran Sifat Melawan Hukum

1. Pengertian Melawan Hukum

Untuk menjatuhkan pidana, perbuatan pelaku harus memenuhi unsur-unsur tindak pidana yang terdapat dalam suatu pasal. Salah satu unsur esensial dalam suatu pasal adalah sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) baik yang secara eksplisit maupun yang secara implisit ada dalam suatu pasal. Meskipun adanya sifat melawan hukum yang implisit dan eksplisit dalam suatu pasal masih dalam perdebatan, tetapi unsur melawan hukum merupakan unsur yang mutlak harus ada dalam suatu tindak pidana agar si pelaku atau terdakwa dalam dilakukan penuntutan dan pembuktian di pengadilan dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.

Apabila berbicara tentang “melawan hukum” jika suatu tindakan memenuhi syarat-syarat uraian delik, maka pengertian melawan hukum dianggap sebagai suatu bentuk atau formil. Melawan hukum formil dikemukakan oleh Simons yang mengemukakan bahwa untuk dapat dipidananya suatu perbuatan harus jelas terungkap dalam uraian isi delik. Sedangkan melanggar nilai atau norma kelaziman yang hidup dalam masyarakat, sebagian besar ahli hukum pidana berpendapat bahwa ajaran sifat melawan hukum materiil harus digunakan secara negatif yang berkaitan dengan dasar-dasar penghapusan pidana yang berada diluar undang-undang. Pandangan Vos dianggap paling mudah dimengerti berkaitan dengan pengertian melawan hukum, dikatakan bahwa *forme*

wederrechtelijkheid adalah suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum positif (tertulis), sedangkan *materiele wederrechtelijkheid* adalah perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas umum/norma hukum tidak tertulis.³²

Sebagian besar para sarjana hukum menyatakan bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur dari tiap-tiap delik baik dinyatakan secara eksplisit maupun implisit, tetapi tidak semua pasal mencantumkan sifat melawan hukum secara eksplisit atau tertulis, disebabkan karena beberapa hal diantaranya :³³

- 1) Bilamana dari rumus undang-undang, perbuatan yang tercantum sudah sedemikian wajar sifat melawan hukumnya sehingga tidak perlu dinyatakan secara eksplisit;
- 2) Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materiil yang berlaku baginya, oleh karena itu dengan sendirinya berarti bahwa mempidanakan orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah *onzining*, tidak masuk akal, sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan salah satu syarat pemidanaan.

³² Bambang Poernomo, 1994, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 115.

³³ Andi Zaenal Abidin Farid, 1987, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Bagian Pertama), Alumni, Bandung, hlm. 269-270.

Pembicaraan mengenai sifat melawan hukum (*onrechmatigdaad*) terutama dalam bidang hukum perdata terlebih dahulu dilakukan, terutama dengan adanya *arrest Hoge Raad* tanggal 30 Januari 1919 yang selalu menjadi acuan dalam pembicaraan asas-asas hukum perdata, sedangkan dalam hukum pidana baru dimulai pada tahun 1933 dengan adanya *arrest Hoge Raad* 20 Februari 1933, *Veearts arrest*. Bagi hukum pidana mengingat luasnya sifat melawan hukum dalam bidang hukum perdata, terjadi suatu keadaan yang tidak menguntungkan terutama terhadap perbuatan-perbuatan yang menurut pergaulan masyarakat tidak tertulis sebagai perbuatan yang tidak patut padahal dengan adanya asas legalitas dalam hukum pidana sifat melawan hukum menjadi di persempit.

Menurut Hoffman, bahwa untuk adanya suatu perbuatan melawan hukum harus dipenuhi empat unsur, yaitu :³⁴

- 1) *Er moet daad zijn verricht* (Harus ada yang melakukan perbuatan);
- 2) *Die daad moet onrechmatig zijn* (perbuatan itu harus melawan hukum);
- 3) *De daad moet aan een ander schade heb ben toegebracht* (perbuatan itu harus menimbulkan kerugian pada orang lain);
- 4) *De daad moet aan schuld zijn te wijten* (perbuatan itu karena kesalahan yang dapat dicelakan kepadanya).

³⁴ Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia, Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*, Alumni, Bandung, hlm. 34.

Ada dua pendapat yang saling bertentangan mengenai arti melawan hukum. *Pendapat pertama*, yang disebut berpandangan sempit mengatakan bahwa yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum adalah apabila perbuatan itu bertentangan dengan hak subjektif seseorang (*hetzij met eens anders subfectief reih*t), atau bertentangan dengan kewajibannya sendiri menurut undang-undang (*hetzij met des daders eigen wettelijke plicht*). Jadi sebagai dasar adalah hak seseorang yang berdasarkan undang-undang atau kewajiban seseorang menurut undang-undang.³⁵

Karena itu Hoffman menyimpulkan bahwa melawan hukum menurut pandangan ini adalah bertentangan dengan undang-undang. Suatu perbuatan yang tidak bertentangan dengan undang-undang, walaupun juga dapat bertentangan dengan moral atau bertentangan dengan sesuatu menurut pergaulan kemasyarakatan adalah tidak patut, tidak merupakan perbuatan yang melawan hukum.³⁶

Pandangan kedua, yang berpandangan luas diperkenalkan pertama kali oleh Molengraaf, yang menyatakan bahwa seseorang melakukan perbuatan melawan hukum :³⁷

³⁵ *Ibid*

³⁶ *Ibid*, hlm. 35.

³⁷ *Ibid*, hlm. 40.

“wie anders handelt, dat in het maatschappelijk verkeer den een mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te behandelen” (seseorang yang berbuat kepada orang lain, yang tidak patut menurut lalu lintas pergaulan masyarakat).

Khususnya yang berkenaan dengan masalah melawan hukum ini, dikatakan bahwa :³⁸

“Een soortgelijk betoog is voor de als subjecttfsf recht te denken persoonlijkheid zelf van het individu te houden; de bescherming, die het privaatrecht jussit in de nieuwe ontwikkeling van de onrechmatige daad aan denpersoon geeft (de zorgvuldigheid, die tenaanzien van eens anders persoon betaamt), doet zien, dat ook hier een complex bevoegheden is, die het recht erkent en beperkt, doch niet door bepaling regelt”. (pembicaraan itu diadakan untuk mencoba membuktikan bahwa sifat-sifat pribadi individu dapat dianggap sebagai hak subjektif; perlindungan yang diberikan oleh hukum perdata tentang perbuatan melawan hukum (kecermatan yang patut ditunjukkan kepada orang lain) justru dalam perkembangan baru memperlihatkan bahwa disini terdapat suatu kompleks kewenangan yang mengakui dan yang membatasinya, tetapi tidak diatur oleh undang-undang).

Pengertian melawan hukum dalam bidang hukum pidana tidaklah berbeda dengan pengertian dalam bidang hukum perdata, tetapi orang tetap mengadakan pembedaan antara hukum perdata dan hukum publik. Dimana hukum pidana merupakan bagian dari hukum publik. salah satu konsekuensinya ialah bahwa penentuan norma dalam hukum pidana harus lebih teliti daripada dalam hukum perdata.³⁹

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid*, hlm 46.

2. Pembagian Sifat Melawan Hukum

Ajaran sifat melawan hukum memiliki kedudukan yang penting dalam hukum pidana di samping asas legalitas. Menurut D. Schaffmeister, pembagian melawan hukum itu ada 4 kelompok, yaitu :⁴⁰

- 1) Sifat melawan hukum secara umum semua delik tertulis atau tidak tertulis sebagai bagian inti delik dalam rumusan delik, harus melawan hukum baru dapat di pidana, jadi tidak perlu dicantumkan dalam surat dakwaan adanya melawan hukum dan juga tidak perlu dibuktikan. Contoh pembunuhan.
- 2) Sifat melawan hukum secara khusus Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang secara tegas mencantumkan “melawan hukum” dengan sendirinya melawan hukum harus dicantumkan di dalam surat dakwaan sehingga harus dibuktikan adanya “melawan hukum”, jika tidak dapat dibuktikan maka putusan bebas.
- 3) Sifat melawan hukum secara materil bukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang saja, tetapi juga yang bertentangan dengan kepatutan dan kelaziman didalam pergaulan masyarakat dipandang sebagai perbuatan melawan hukum.

⁴⁰ D. Schaffmeister, 2003, *Hukum Pidana (Cetakan Kedua)*, diterjemahkan oleh J. E. Sahetapy, Liberty, Yogyakarta, hlm. 39.

- 4) Sifat melawan hukum secara formil seluruh bagian inti delik apabila sudah dipenuhi atau dapat dibuktikan, dengan sendirinya dianggap perbuatan itu telah melawan hukum.

Namun banyak pendapat berseberangan dengan pendapat D. Schaffmeister termasuk Menurut Bambang Purnomo yang membagi sifat melawan hukumnya suatu perbuatan terdapat dua ukuran, yaitu sifat melawan hukum yang formil atau *formele wederechttelijkheidsbegrip* dan sifat melawan hukum materiil atau *materieele wederechttelijkheidsbegrip*. Melawan hukum formil apabila perbuatannya dilihat semata-mata sebagai perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, sesuai dengan rumus delik dan pengecualiannya, seperti daya paksa, pembelaan terpaksa, itupun karena ditentukan secara tertulis dalam undang-undang. Sebaliknya, melawan hukum materiil melihat perbuatan melawan hukum itu tidak selalu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, dan suatu perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang dapat dikecualikan sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum. Dengan demikian, dalam pandangan sifat melawan hukum materiil, melawan hukum dapat diartikan baik melawan peraturan perundang-undangan maupun hukum diluar peraturan perundang-undangan.⁴¹

⁴¹ Bambang Poernomo, *Op cit*, hlm. 115.

Secara umum ajaran mengenai sifat melawan hukum hanya dibagi menjadi dua bagian yakni :

1) Ajaran sifat melawan hukum formil

Sifat melawan hukum formil terjadi karena memenuhi rumusan delik undang-undang. Sifat melawan hukum formil merupakan syarat untuk dapat dipidananya perbuatan. Ajaran sifat melawan hukum formil adalah apabila suatu perbuatan telah memenuhi semua unsur-unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan pembenar maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang. Secara singkat melawan hukum formil diartikan bertentangan dengan rumusan undang-undang yang berlaku, atau apabila suatu perbuatan sudah memenuhi rumusan delik, maka biasanya dikatakan telah melawan hukum secara formil.⁴²

Keberadaan *formale wederrechtelijkheid* tidak menjadi persoalan karena ini secara eksplisit menjadi unsur dari suatu pasal, sehingga untuk menentukan apakah seseorang itu *wederrechtelijk* atau tidak cukup apabila orang itu melihat apakah perbuatan itu telah memenuhi semua unsur yang terdapat dalam rumusan delik atau tidak. Tetapi bagaimana dengan *materiele wederrechtelijkheid*. Terhadap hal ini memang menjadi persoalan karena di negeri Belanda sendiri ajaran *materiele*

⁴² Andi Hamzah, 2010, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 140.

wederrechtlikheid kurang berkembang, sedangkan persoalannya menjadi lain karena di Indonesia berkembang pula hukum tidak tertulis yaitu hukum adat yang memungkinkan sifat melawan hukum tidak berdasarkan hukum tertulis dan terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP) tetapi unsur melawan hukum itu ada dalam kehidupan masyarakat yang tidak tertulis. Sebagaimana menurut Simons untuk dapat dipidana perbuatan harus mencocoki rumusan delik yang tersebut dalam *wet*, jika sudah demikian biasanya tidak perlu lagi untuk menyelidiki apakah perbuatan melawan hukum atau tidak.⁴³

2) Ajaran sifat melawan hukum materiil

Sifat melawan hukum materiil merupakan suatu perbuatan melawan hukum yang tidak hanya terdapat didalam undang-undang (yang tertulis), tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis juga. Sifat melawan hukum itu dapat dihapuskan berdasar ketentuan undang-undang maupun aturan-aturan yang tidak tertulis.⁴⁴

Ajaran sifat melawan hukum materiil adalah memenuhi semua unsur rumusan delik, perbuatan itu juga harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu ajaran ini mengakui alasan-alasan pembenar diluar undang-undang,

⁴³ *Ibid*, hlm. 143.

⁴⁴ Teguh Prasetyo dan Abdul Hakim Barakatullah, 2005, *Politik Hukum Pidana Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 31-32.

dengan kata lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis.

Ajaran sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijheid*) di Indonesia bukan hanya hukum pidana yang didasarkan pada KUHP saja, tetapi juga hukum adat yang sampai sekarang masih terpelihara. Jika hal ajaran sifat melawan hukum materiil tidak ditampung dalam suatu perundang-undangan atau yurisprudensi maka dikhawatirkan hukum pidana adat akan mengalami kematian. Tetapi untungnya Mahkamah Agung dalam putusannya tahun 1965 berani bertolak belakang dengan KUHP yang berlaku pada saat itu sehingga hukum pidana atau hukum yang hidup dan tidak tertulis bisa diselamatkan.

Dalam perkembangan ajaran sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtlikheid*) tidak bisa dilepaskan dari perkembangan yang terjadi dalam asas legalitas. Dalam konsep atau Rancangan KUHP Baru tahun 1998, pengertian asas legalitas diperluas, tidak hanya asas legalitas dalam pengertian formil tetapi diperluas menjadi asas legalitas dalam pengertian materiil. Konsep ini memberi tempat pada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan patut di pidana suatu perbuatan. Patut dicatat bahwa berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat itu hanya untuk delik-

delik yang tiada bandingnya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam undang-undang.⁴⁵

Menurut Moeljatno ada perbedaan antara pandangan formil dengan pandangan yang materiil, yaitu :⁴⁶

- 1) Mengakui adanya pengecualian/penghapusan dari sifat melawan hukumnya perbuatan menurut hukum yang tertulis dan yang tidak tertulis, sedangkan pandangan yang formil hanya mengakui pengecualian yang tersebut dalam undang-undang saja, misalnya Pasal 44 KUHP, mengenai kurang sempurnanya akal seseorang atau karena sakit berubah akal, Pasal 48 KUHP, mengenai *over macht*, Pasal 49 KUHP, mengenai pembelaan terpaksa (*noodwer*).
- 2) Sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari tiap-tiap perbuatan pidana, juga bagi yang dalam rumusannya tidak menyebut unsur-unsur tersebut, sedang bagi pandangan yang formil, sifat tersebut tidak selalu menjadi unsur daripada perbuatan pidana. Hanya jika dalam rumusan delik disebutkan dengan nyata-nyata, barulah menjadi unsur delik.

Sedangkan menurut Pompe, perbedaan antara melawan hukum formil dan materiil ialah dari istilahnya saja sudah jelas, melawan hukum (*wederrechtelijk*) jadi bertentangan dengan hukum, bukan bertentangan

⁴⁵ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 88.

⁴⁶ Moeljatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 134.

dengan undang-undang. Dengan demikian, Pompe memandang “melawan hukum” sebagai yang kita maksud dengan “melawan hukum materiil” ia melihat kata *onrechtmatig* (bertentangan dengan hukum) sinonim dengan *wederechttelijk* (melawan hukum) sesuai dengan pasal *Burgerlijk Wetboek*.⁴⁷

D. Penyalahgunaan Kewenangan

Wewenang adalah kemampuan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.⁴⁸ wewenang hanya dimiliki subyek hukum orang pribadi dan tidak untuk badan atau korporasi. Kewenangan erat hubungannya dengan jabatan atau kedudukan yang dimiliki oleh seseorang, berarti secara terselubung subjek hukum orang ini tidak berlaku untuk semua orang, tetapi hanya berlaku bagi orang yang memiliki jabatan atau kedudukan tertentu atau orang yang memiliki kualitas pribadi tertentu. Orang yang memiliki jabatan atau kedudukan, terutama kedudukan pegawai negeri.

Orang yang karena memiliki suatu jabatan atau kedudukan, karena jabatan atau kedudukan itu dia memiliki kewenangan atau hak untuk melaksanakan perbuatan-perbuatan tertentu dalam hal dan untuk melaksanakan tugas-tugasnya. Kepemilikan kewenangan sering ditimbulkan oleh ketentuan hukum maupun karena kebiasaan. Bila

⁴⁷ Andi Hamzah, *Op.cit*, hlm. 141.

⁴⁸ Aminuddin Ilmar, *Op. cit*, hlm. 115-116.

kewenangan ini digunakan secara salah untuk melakukan perbuatan tertentu, itulah disebut menyalahgunakan kewenangan. Sehingga menyalahgunakan kewenangan dapat didefinisikan sebagai perbuatan yang dilakukan oleh orang yang sebenarnya berhak untuk melakukannya, tetapi dilakukan secara salah atau diarahkan pada hal yang salah dan bertentangan dengan hukum atau kebiasaan.⁴⁹

Dengan kata lain, perbuatan menyalahgunakan kewenangan terjadi, apabila seseorang yang memiliki kewenangan berdasarkan ketentuan atau kebiasaan umum yang berlaku yang melekat pada suatu kedudukan/jabatan yang dipangkunya digunakan secara salah/menyimpang atau bertentangan dengan maksud dan tujuan dari diberikannya kewenangan dari kedudukan atau jabatan tersebut. Singkatnya menyalahgunakan kewenangan adalah menggunakan wewenang secara menyimpang untuk tujuan dari diberikannya wewenang tersebut.⁵⁰

Menurut Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) menyalahgunakan kewenangan adalah perbuatan dilakukan dengan cara bertentangan dengan tata laksana yang semestinya sebagaimana yang diatur dalam peraturan, petunjuk tata kerja, instruksi dinas dan lain-lain, dan berlawanan atau menyimpang dari maksud tujuan sebenarnya dari pemberian kewenangan, kesempatan atau sarana tersebut.

⁴⁹ Adami Chazawi, 2016, *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia (Edisi Revisi)*, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 60-61.

⁵⁰ *Ibid.*

Indriyanto Seno Adji dalam keterangan ahli di tingkat penyidikan kasus sangkaan korupsi Bibit Slamet Riyanto dan Chandra M. Hamzah berpendapat bahwa menyalahgunakan kewenangan diartikan sedemikian rupa, yaitu :⁵¹

- a. Memiliki kewenangan tetapi menggunakan kewenangannya lain daripada kewenangan yang ada;
- b. Tidak memiliki kewenangan tetapi melakukan tindakan-tindakan seolah-olah memiliki kewenangan;
- c. Melakukan perbuatan atau tindakan dengan menyalahgunakan prosedur untuk mencapai tujuan tertentu.

Konsep penyalahgunaan wewenang selalu diparalelkan dengan istilah *detournement de pouvoir*. Konsep ini diikuti dan berkembang juga di Belanda. *Verkalrend Woordenboek Openbaar Bestuur* merumuskannya sebagai penggunaan wewenang tidak sebagaimana mestinya. Maksudnya, pejabat menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain yang menyimpang dari tujuan yang telah diberikan kepada wewenang itu. Dengan demikian pejabat melanggar asas spesialisitas (asas tujuan).⁵²

Misalnya, kewenangan untuk menyelenggarakan transportasi dengan menggunakan sistem kereta api, kemudian dalam

⁵¹ O.C. Kaligis, 2010, *Korupsi Bibit & Chandra*, Penerbit Indonesia Against Injustice, Jakarta, hlm. 428.

⁵² E. Utrecht, 1994, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Sinar Mas, Surabaya, hlm. 157 dan 159.

pelaksanaannya menggunakan transportasi dengan sistem bus.⁵³ Menurut Philipus M. Hadjon, dalam mengukur apakah telah terjadi penyalahgunaan wewenang, haruslah dibuktikan secara faktual bahwa pejabat telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain. Terjadinya penyalahgunaan wewenang bukanlah karena suatu kealpaan. Penyalahgunaan wewenang dilakukan secara sadar yaitu mengalihkan tujuan yang telah diberikan kepada wewenangnya itu. Pengalihan tujuan didasarkan atas *interest* pribadi, baik untuk kepentingan dirinya sendiri ataupun untuk orang lain.⁵⁴

Penyalahgunaan kewenangan hanya mungkin dilakukan oleh mereka yang memperoleh wewenang atas dasar atribusi dan delegasi. Dalam hal mandat, pihak yang mungkin menyalahgunakan kewenangan adalah *mandans* (pemberi tugas) dan bukan *mandataris* (pelaksana tugas). Pihak yang diberi dan yang menyalahgunakan kewenangan adalah pihak yang dibebani tanggungjawab hukum. Hal ini sejalan dengan asas hukum "*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* dan *geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording*" (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban dan tidak ada pertanggungjawaban tanpa kewajiban). Pihak pelaksana tugas (*mandataris*) tidak dilekati wewenang, karena itu tidak dibebani tanggungjawab hukum.

⁵³ Ridwan H.R, *Op.cit*, hlm. 382

⁵⁴ Philipus M. Hadjon, et al, 2010, *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Universitas Trisakti, Jakarta, hlm. 26.

E. Tindak Pidana Korupsi

1. Pengertian Tindak Pidana Korupsi

Korupsi berasal dari satu kata dalam bahasa Latin yakni *Corruptio* atau *Corruptus* yang disalin ke berbagai bahasa. Misalnya disalin dalam bahasa Inggris menjadi *corruption* atau *corrupt* dalam bahasa Prancis menjadi *corruption* dan dalam bahasa Belanda disalin menjadi istilah *corruptie* (*korruptie*). Agaknya dari bahasa Belanda itulah lahir kata korupsi dalam bahasa Indonesia.⁵⁵ *Corruptie* yang juga disalin menjadi *corruptiën* dalam bahasa Belanda itu mengandung arti perbuatan korup, penyuapan.⁵⁶ Secara harfiah istilah tersebut berarti segala macam perbuatan yang tidak baik, seperti yang dikatakan Andi Hamzah sebagai kebusukan, keburukan, kejahatan, ketidakjujuran, dapat disuap, tidak bermoral, penyimpangan dari kesucian, kata-kata atau ucapan yang menghina atau memfitnah.⁵⁷

Dalam *Black's Law Dictionary*, korupsi adalah perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk memberikan suatu keuntungan yang tidak resmi dengan hak-hak dari pihak lain secara salah menggunakan jabatannya atau karakternya untuk mendapatkan suatu keuntungan untuk

⁵⁵ Andi Hamzah, 1991, *Korupsi di Indonesia*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 7.

⁵⁶ S. Wojowasito, 1999, *Kamus Umum Belanda Indonesia*, Penerbit PT Ichtiar baru, Jakarta, hlm. 128.

⁵⁷ *Ibid.*

dirinya sendiri atau orang lain, berlawanan dengan kewajibannya dan hak-hak dari pihak-pihak lain.⁵⁸

Selama ini istilah korupsi mengacu pada berbagai aktivitas/tindakan secara tersembunyi dan ilegal untuk mendapatkan keuntungan demi kepentingan pribadi atau golongan. Dalam perkembangannya terdapat penekanan bahwa korupsi adalah tindakan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) atau kedudukan publik untuk kepentingan pribadi. Huntington menyebutkan bahwa korupsi adalah perilaku menyimpang dari *publik official* atau para pegawai dari norma-norma yang diterima dan dianut oleh masyarakat dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan-keuntungan pribadi.⁵⁹

Dalam arti sosial tampaknya masyarakat memang mengasosiasikan korupsi sebagai penggelapan uang (milik negara atau kantor) dan menerima suap dalam hubungannya dengan jabatan atau pekerjaan, walaupun dari sudut hukum tidak sama persis. Mengingat dari sudut hukum banyak syarat/unsur yang harus dipenuhi bagi suatu tingkah laku agar dapat dikualifikasikan sebagai salah satu dari tindak pidana korupsi sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang.⁶⁰

Definisi lain dari korupsi adalah tingkah laku yang menyimpang dari tugas-tugas resmi sebuah jabatan negara karena keuntungan status atau

⁵⁸ Chaeruddin et al., 2008, *Strategi Pencegahan dan Penegakan Hukum Tindak Pidana Korupsi*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 2

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Adami Chazawi, *Op.cit*, hlm. 2.

uang yang menyangkut pribadi (perorangan, keluarga dekat, kelompok sendiri), atau melanggar aturan-aturan pelaksanaan beberapa tingkah laku pribadi.⁶¹ Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan (BPKP) mendefinisikan korupsi sebagai tindakan yang merugikan kepentingan umum dan masyarakat luas demi keuntungan pribadi atau kelompok tertentu.⁶²

Lubis dan Scott dalam pandangannya tentang korupsi disebutkan bahwa dalam arti hukum, korupsi adalah tingkah laku yang menguntungkan kepentingan diri sendiri dengan merugikan orang lain, oleh para pejabat pemerintah yang langsung melanggar batas-batas hukum atas tingkah laku tersebut, sedangkan menurut norma-norma pemerintah dapat dianggap korupsi apabila hukum dilanggar atau tidak dalam bisnis tindakan tersebut adalah tercela.⁶³

Vito Tanzi mengemukakan bahwa korupsi adalah perilaku yang tidak mematuhi prinsip, dilakukan oleh perorangan di sektor swasta atau pejabat publik, keputusan ini dibuat berdasarkan hubungan pribadi atau keluarga akan menimbulkan korupsi, termasuk juga konflik kepentingan dan nepotisme. Dalam hal ini, Alatas mengemukakan pengertian korupsi dengan menyebutkan benang merah yang menjelajahi dalam aktivitas korupsi, yaitu subordinasi kepentingan umum di bawah kepentingan

⁶¹ Robert Klitgaard, 2001, *Membasmi Korupsi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm. 31.

⁶² Rohim, 2008, *Modus Operandi Tindak Pidana Korupsi*, Pena Mukti Media, Depok, hlm. 2.

⁶³ I.G.M. Nurdjana, 2010, *Sistem Hukum Pidana dan Bahaya Laten Korupsi "Perspektif Tegaknya Keadilan Melawan Mafia Hukum"*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 16.

tujuan-tujuan pribadi yang mencakup pelanggaran norma-norma, tugas, dan kesejahteraan umum, dibarengi dengan kerahasiaan, pengkhianatan, penipuan dan kemasabodohan yang luar biasa akan akibat-akibat yang diderita oleh masyarakat. Menurutnya, "*corruption is the abuse of trust in the interest of private gain*", penyalahgunaan amanah untuk kepentingan pribadi.⁶⁴

S. H. Alatas mendefinisikan korupsi dari sudut pandang sosiologis dengan "apabila seorang pegawai negeri menerima pemberian yang disodorkan oleh seorang swasta dengan maksud mempengaruhinya agar memberikan perhatian istimewa pada kepentingan-kepentingan si pemberi".⁶⁵

2. Bentuk-Bentuk Tindak Pidana Korupsi

Tindak pidana korupsi dalam berbagai bentuk mencakup pemerasan, penyuapan dan gratifikasi pada dasarnya telah terjadi sejak lama dengan pelaku mulai dari pejabat negara sampai pegawai yang paling rendah. Korupsi yang terjadi di Indonesia saat ini, terutama yang dilakukan oleh aparatur pemerintah sudah mulai dilakukan secara sistematis baik oleh perorangan maupun berkelompok (berjamaah), serta semakin meluas dan semakin canggih dalam proses pelaksanaannya. Korupsi ini semakin memprihatinkan bila terjadi dalam aspek pelayanan

⁶⁴ Chaeruddin et al., *Op.cit*, hlm. 3

⁶⁵ S. H. Alatas, 1986, *Sosiologi Korupsi Sebuah Penjelajah Dengan Data Kontemporer*, LP3ES, Jakarta, hlm. 11.

yang berkaitan dengan sektor publik, mengingat tugas dan kewajiban utama dari aparat pemerintah adalah memberikan pelayanan kepada publik atau masyarakat.

Untuk mencabut akar permasalahan sumber terjadinya korupsi di sektor publik, perlu didefinisikan pula sifat atau model dari korupsi dan dilakukan pengukuran secara komprehensif dan berkesinambungan. Untuk dapat mendefinisikan model korupsi, dimulai dengan melakukan pengukuran secara obyektif dan komprehensif dalam mengidentifikasi jenis korupsi, tingkat korupsi dan perkembangan korupsi dan menganalisa bagaimana korupsi bisa terjadi dan bagaimana kondisi korupsi saat ini.

Seiring dengan perkembangan zaman dan budaya masyarakat korupsi pun ikut tumbuh sedemikian rupa sehingga memiliki bentuk, model atau jenis yang beragam. Banyak para pakar yang telah mencoba mengelompokkan jenis-jenis atau model-model korupsi.

Dari beberapa definisi yang telah disebutkan diatas, dapat diringkas secara umum bentuk-bentuk (dari sudut pandang hukum) korupsi sebagai berikut :

- a) Penyuapan (*bribery*) mencakup tindakan memberi dan menerima suap, baik berupa uang maupun barang.
- b) *Embezzlement*, merupakan tindakan penipuan dan pencurian sumber daya yang dilakukan oleh pihak-pihak tertentu yang mengelola sumber daya tersebut, baik berupa dana publik atau sumber daya alam tertentu.

- c) *Fraud*, merupakan suatu tindakan kejahatan ekonomi yang melibatkan penipuan (*trickery or swindle*). Termasuk didalamnya proses manipulasi atau mendistorsi informasi dan fakta dengan tujuan mengambil keuntungan-keuntungan tertentu.
- d) *Extortion*, tindakan meminta uang atau sumber daya lainnya dengan cara paksa atau disertai dengan intimidasi-intimidasi tertentu oleh pihak yang memiliki kekuasaan. Lazimnya dilakukan oleh mafia-mafia lokal dan regional.
- e) *Favouritism*, adalah mekanisme penyalahgunaan kekuasaan yang berimplikasi pada tindakan privatisasi sumber daya.
- f) Melanggar hukum yang berlaku dan merugikan negara.
- g) Serba kerahasiaan, meskipun dilakukan secara kolektif atau “korupsi berjama’ah”.

Jenis korupsi yang lebih operasional juga diklasifikasikan oleh tokoh reformasi, M. Amien Rais yang menyatakan sedikitnya ada empat jenis korupsi. *Pertama*, korupsi ekstortif, yakni berupa sogokan atau suap yang dilakukan pengusaha kepada penguasa. *Kedua*, korupsi manipulatif, seperti permintaan seseorang yang memiliki kepentingan ekonomi kepada eksekutif atau legislatif untuk membuat peraturan atau undang-undang yang menguntungkan bagi usaha ekonominya. *Ketiga*, korupsi nepotistik, yaitu terjadinya korupsi karena ada ikatan kekeluargaan, pertemanan, dan sebagainya. *Keempat*, korupsi subversif, yakni mereka yang merampok

kekayaan negara secara sewenang-wenang untuk dialihkan ke pihak asing dengan sejumlah keuntungan pribadi.

Menurut J. Soewartojo sebagaimana dikutip oleh Evi Hartanti, ada beberapa bentuk/jenis tindak pidana korupsi, yaitu sebagai berikut :⁶⁶

- a) Pungutan liar jenis tindak pidana, yaitu korupsi uang negara, menghindari pajak dan bea cukai, pemerasan dan penyuapan.
- b) Pungutan liar jenis pidana yang sulit dibuktikan, yaitu komisi dalam kredit bank, komisi tender proyek, imbalan jasa dalam pemberian izin-izin, kenaikan pangkat, punggutan terhadap uang perjalanan, pungli pada pos-pos pencegahan dijalan, pelabuhan dan sebagainya.
- c) Pungutan liar jenis pungutan tidak sah yang dilakukan oleh Pemerintah daerah, yaitu pungutan yang dilakukan tanpa ketetapan berdasarkan peraturan daerah, tetapi hanya dengan surat-surat keputusan saja.
- d) Penyuapan, yaitu seorang penguasa menawarkan uang atau jasa lain kepada seseorang atau keluarganya untuk suatu jasa bagi pemberi uang.
- e) Pemerasan, yaitu orang yang memegang kekuasaan menuntut pembayaran uang atau jasa lain sebagai ganti atau timbal balik fasilitas yang diberikan.

⁶⁶ Evi Hartanti, 2005, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 20.

- f) Pencurian, yaitu orang yang berkuasa menyalahgunakan kekuasaannya dan mencuri harta rakyat, langsung atau tidak langsung.
- g) Nepotisme, yaitu orang yang berkuasa memberikan kekuasaan dan fasilitas pada keluarga atau kerabatnya, yang seharusnya orang lain juga dapat atau berhak bila dilakukan secara adil.

Menurut Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi pada tahun 2003 (disingkat KAK 2003) ada 4 macam tipe tindak pidana korupsi sebagai berikut :⁶⁷

- a) Tindak pidana korupsi penyuapan pejabat-pejabat publik nasional (*Bribery of National Public Officials*)

Ketentuan tipe tindak pidana korupsi ini diatur dalam ketentuan Bab III tentang kriminalisasi dan penegakan hukum (*Criminalization and Law Enforcement*) dalam Pasal 15, 16, dan 17 KAK 2003. Pada ketentuan Pasal 15 diatur mengenai penyuapan pejabat-pejabat publik nasional (*Bribery of National Public Officials*) yaitu dengan sengaja melakukan tindakan janji, menawarkan atau memberikan kepada seorang pejabat publik secara langsung atau tidak langsung suatu keuntungan yang tidak pantas (layak), untuk pejabat tersebut atau orang lain atau badan hukum agar pejabat yang bersangkutan bertindak atau

⁶⁷ Lilik Mulyadi, 2007, *Tindak Pidana Korupsi di Indonesia Normatif, Teoritis, Praktik, dan Masalahnya*, Alumni, Bandung, hlm. 41.

menahan diri dari melakukan suatu tindakan dalam melaksanakan tugas resminya. Kemudian, terhadap penyuapan pejabat-pejabat publik asing dan pejabat-pejabat dari organisasi internasional publik (*bribery of foreign public officials and officials of public international organization*) diatur dalam ketentuan Pasal 16 dan pengelapan, penyelewengan atau pengalihan kekayaan dengan cara lain oleh seorang pejabat publik diatur dalam ketentuan Pasa 17 KAK 2003.

- b) Tindak pidana korupsi penyuapan di sektor swasta (*Bribery in the private Sector*).

Tipe tindak pidana korupsi jenis ini diatur dalam ketentuan Pasal 21 dan 22 KAK 2003. Ketentuan tersebut menentukan setiap negara peserta konvensi mempertimbangkan kejahatan yang dilakukan dengan sengaja dalam melaksanakan kegiatan-kegiatan ekonomi, keuangan dan perdagangan menjanjikan, menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak semestinya kepada seseorang yang memimpin atau bekerja pada suatu badan di sektor swasta untuk diri sendiri atau orang lain melanggar tugasnya atau secara melawan hukum. Apabila dibandingkan, ada korelasi erat antara tipe tindak pidana korupsi penyuapan disektor publik maupun swasta.

- c) Tindak pidana korupsi terhadap perbuatan memperkaya secara tidak sah (*Illicit Enrichment*).

Pada dasarnya, tindak pidana korupsi perbuatan memperkaya secara tidak sah (*Illicit Enrichment*) diatur dalam ketentuan Pasal 20 KAK 2003. Ketentuan Pasal 20 KAK 2003 mewajibkan kepada setiap negara peserta konvensi mempertimbangkan dalam prinsip-prinsip dasar sistem hukumnya untuk menetapkan suatu tindak pidana bila dilakukan dengan sengaja, memperkaya secara tidak sah yaitu suatu kenaikan yang berarti dari aset-aset seorang pejabat publik yang tidak dapat dijelaskan secara masuk akal berkaitan dengan pendapatannya yang sah. Apabila dijabarkan, kriminalisasi perbuatan memperkaya diri sendiri sebagai tindak pidana yang berdiri sendiri mempunyai implikasi terhadap ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi khususnya unsur kerugian negara yang bukan sebagai anasir esensial dalam Pasal 3 butir 2 KAK 2003.

- d) Tindak pidana korupsi terhadap memperdagangkan pengaruh (*Trading in Influence*).

Tindak pidana korupsi ini diatur dalam ketentuan Pasal 18 KAK 2003. Tipe tindak pidana korupsi baru dengan memperdagangkan pengaruh (*Trading in Influence*) sebagai perbuatan yang dilakukan dengan sengaja menjanjikan,

menawarkan atau memberikan kepada seseorang pejabat publik atau orang lain, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak semestinya, agar pejabat publik itu menyalahgunakan pengaruhnya yang nyata, atau yang diperkirakan, suatu keuntungan yang tidak semestinya bagi si penghasut asli tindakan tersebut atau untuk orang lain.

Lebih lanjut Syed Husen Alatas sebagaimana dikutip oleh Chaeruddin, menyatakan bahwa korupsi itu dapat dikelompokkan ke dalam beberapa bentuk, sebagai berikut:⁶⁸

- 1) Korupsi Transaktif. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan atas dasar kesepakatan timbal balik antara pihak pemberi dan pihak penerima dari keuntungan pribadi masing-masing pihak dan kedua pihak sama-sama aktif melakukan usaha untuk mencapai keuntungan tersebut.
- 2) Korupsi Ekstortif (Memeras). Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi dimana terdapat unsur paksaan, yaitu pihak pemberi dipaksa untuk melakukan penyuapan guna mencegah terjadinya kerugian bagi dirinya, kepentingannya, orang-orang, atau hal-hal yang penting baginya.
- 3) Korupsi Nepotistik (Perkerabatan). Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi dengan melakukan penunjukan secara tidak sah

⁶⁸ Chaeruddin et al., *Op.cit*, hlm. 39.

terhadap kawan atau kerabat untuk memegang suatu jabatan publik, atau tindakan yang memberikan perlakuan istimewa dalam bentuk uang atau bentuk lain kepada mereka secara bertentangan dengan norma atau ketentuan yang berlaku.

- 4) Korupsi Investif. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang berwujud pemberian barang atau jasa tanpa ada keterkaitan langsung dengan keuntungan tertentu, melainkan mengharapkan suatu keuntungan yang akan diperoleh di masa depan
- 5) Korupsi Suportif (dukungan). Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang berbentuk upaya penciptaan suasana yang dapat melanggengkan, melindungi dan memperkuat korupsi yang sedang dijalankan.
- 6) Korupsi Autogenik. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan secara individual untuk mendapatkan keuntungan karena memahami dan mengetahui serta mempunyai peluang terhadap obyek korupsi yang tidak diketahui orang lain.
- 7) Korupsi Defensi. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan oleh korban korupsi dalam rangka mempertahankan diri terhadap upaya pemerasan terhadap dirinya.

Mengetahui bentuk atau jenis perbuatan yang dikategorikan sebagai korupsi adalah upaya dini untuk mencegah agar seseorang tidak melakukan Tindak Pidana Korupsi. Berdasarkan Pasal-Pasal dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, korupsi dikelompokkan menjadi 7 bentuk diantaranya adalah :

- 1) Korupsi yang terkait dengan kerugian keuangan negara. (Pasal 2 dan 3);
- 2) Korupsi yang terkait dengan suap menyuap. (Pasal 5 ayat (1) huruf a, Pasal 5 ayat (1) huruf b, Pasal 13, Pasal 5 ayat (2), Pasal 12 huruf a, Pasal 12 huruf b, Pasal 11, Pasal 6 ayat (1) huruf a, Pasal 6 ayat (1) huruf b, Pasal 6 ayat (2), Pasal 12 huruf c, Pasal 12 huruf d);
- 3) Korupsi yang terkait dengan penggelapan dalam jabatan (Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10 huruf a, Pasal 10 huruf b dan c);
- 4) Korupsi yang terkait dengan perbuatan pemerasan. (Pasal 12 huruf e, Pasal 12 huruf g, Pasal 12 huruf f);
- 5) Korupsi yang terkait dengan perbuatan curang. (Pasal 7 ayat (1) huruf a, Pasal 7 ayat (1) huruf b, Pasal 7 ayat (1) huruf c, Pasal 7 ayat (1) huruf d, Pasal 7 ayat (2), Pasal 12 huruf h);
- 6) Korupsi yang terkait dengan benturan kepentingan dalam pengadaan. (Pasal 12 huruf i);
- 7) Korupsi yang terkait dengan gratifikasi (pemberian hadiah). (Pasal 12 B jo. Pasal 12 C).

3. Subjek Hukum Tindak Pidana Korupsi

Subjek hukum tindak pidana dalam hukum pidana korupsi Indonesia pada dasarnya adalah orang pribadi sama seperti hukum pidana umum. Hal ini tidak mungkin ditiadakan, namun ditetapkan pula suatu badan yang dapat menjadi subjek hukum tindak pidana korupsi sebagaimana dimuat dalam Pasal 20 jo. Pasal 1 dan 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.⁶⁹

a) Subjek Hukum Orang

Subjek hukum tindak pidana korupsi tidak dapat terlepas pada sistem pembebanan pertanggungjawaban pidana yang dianut dalam hukum pidana umum (KUHP) adalah pribadi orang. Hanya orang yang dapat menjadi subjek hukum pidana, sedangkan badan atau korporasi tidak. Pertanggungjawaban bersifat pribadi, artinya orang yang dibebani tanggungjawab pidana dan dipidana hanyalah orang atau pribadi si pembuatnya. Pertanggungjawaban pribadi tidak dapat dibebankan pada orang yang tidak berbuat atau subjek hukum yang lain (*vicarious liability*).

Hukum pidana Indonesia menganut asas *concordantie* dari hukum pidana Belanda menganut sistem pertanggungjawaban pribadi. Sangat jelas dari setiap rumusan tindak pidana dalam KUHP yang dimulai dengan

⁶⁹ Adami Chazawi, *Op.cit*, hlm. 317.

frasa “barang siapa” (*hij die*),⁷⁰ yang dalam hukum pidana khusus adakalanya menggunakan frasa “setiap orang” yang maksudnya adalah orang pribadi. Misalnya Pasal 5 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi atau Pasal 3, 4, 5 Undang-Undang Nomor 8 tahun 2010 tentang Pencucian Uang.

Sistem pertanggungjawaban pribadi sangat sesuai dengan kodrat manusia, sebab hanya manusia yang berfikir dan berakal. Dari kemampuan pikir dan akal serta perasaan seseorang menetapkan kehendak untuk berbuat yang kemudian diwujudkan. Apabila wujud perbuatan itu berupa perbuatan yang bersifat tercela atau bertentangan dengan hukum, maka orang itulah yang dipersalahkan dan bertanggung jawab atas perbuatannya. Kemampuan pikir dan kemampuan menggunakan akal dalam menetapkan kehendak untuk berbuat hanya dimiliki oleh orang dan dijadikan dasar untuk menetapkan orang sebagai subjek hukum tindak pidana.⁷¹

Sedangkan binatang dan badan tidak memiliki kemampuan berfikir dan kemampuan akal yang dapat digunakan untuk membentuk kehendak untuk melakukan suatu perbuatan. Oleh karena itu, binatang dan badan tidak digunakan dan harus dibuang jauh-jauh. Alasan itupun yang dipakai oleh Pemerintah Netherlands untuk mengesampingkan konsep Von

⁷⁰ Jan Remmelink, 2003, *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 97.

⁷¹ Adami Chazawi, *Op.cit*, hlm. 318.

Savigny dengan teori fiksinya (*fiction theory*) yang mencoba memasukkan pertanggungjawaban dalam hukum perdata ke dalam hukum pidana. Disana dinyatakan bahwa badan atau korporasi dianggap dan diperlakukan seolah-olah manusia menjadi subjek hak dan kewajiban hukum. Badan tersebut dapat dipersalahkan seperti mempersalahkan orang atas perbuatan yang dilakukannya.⁷²

Dalam hukum pidana korupsi yang bersumber pada Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001, subjek hukum orang ini ditentukan melalui dua cara, yaitu :

- 1) Cara pertama disebutkan sebagai subjek hukum orang pada umumnya, artinya tidak ditentukan kualitas pribadinya. Kata permulaan dalam kalimat rumusan tindak pidana yang menggambarkan atau menyebutkan subjek hukum tindak pidana orang pada umumnya, yang *in casu* tindak pidana korupsi disebutkan dengan perkataan “setiap orang” (misalnya Pasal 2, 3, 21, 22), tetapi juga subjek hukum tindak pidana juga diletakkan di tengah rumusan (misalnya Pasal 5, dan 6).
- 2) Sedangkan cara kedua menyebutkan kualitas pribadi dari subjek hukum orang tersebut, yang *in casu* ada banyak kausalitas pembuatnya seperti : pegawai negeri atau penyelenggara negara (Pasal 8, 9, 10, 11, 12 huruf a, b, e, f, g,

⁷² *Ibid.*

h, i,); pemborong ahli bangunan (Pasal 7 ayat 1 huruf a); hakim (Pasal 12 huruf c); advokat (Pasal 12 huruf d); saksi (Pasal 24); bahkan tersangka bisa menjadi objek subjek hukum (Pasal 22 jo. Pasal 28).

b) Subjek Hukum Korporasi

dalam hukum pidana khusus (hukum pidana di luar KUHP), yang sifatnya melengkapi hukum pidana umum, sudah tidak berpegang teguh pada prinsip pertanggungjawaban pidana secara pribadi yang dianut dan dipertahankan sejak dibentuknya *Wetboek Van Strafrecht* (WvS) Belanda 1881 (diberlakukan 1886). Dalam beberapa peraturan perundang-undangan tampaknya kita telah menganut sistem pertanggungjawaban *strict liability* (pembebanan tanggung jawab pidana tanpa melihat kesalahan) dan *vicarious liability* (pembebanan tanggung jawab pidana pada selain si pembuat) dengan menarik badan atau korporasi ke dalam pertanggungjawaban pidana. Sebagai contoh, terdapat pada peraturan perundang-undangan yang memuat hukum pidana khusus berikut :

- 1) Pasal 15 ayat (1), (2), (3), dan (4) Undang-Undang Darurat Nomor 7 Tahun 1995 tentang Pengusutan, Penuntutan, dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi.
- 2) Pasal 27 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1957 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan.

- 3) Pasal 17 ayat (1), (2), (3), dan (4) Peraturan Presiden Nomor 11 Tahun 1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi (telah dicabut melalui Undang-Undang Nomor 26 Tahun 1999).
- 4) Pasal 35 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1982 tentang Wajib Daftar Perusahaan.
- 5) Pasal 78 ayat (4) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika.
- 6) Pasal 46 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.
- 7) Pasal 70 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika.
- 8) Pasal 30 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
- 9) Pasal 52 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.
- 10) Pasal 6 dan 7 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang.

Dengan mengikuti apa yang disampaikan oleh Mardjono Reksodiputro,⁷³ bahwa dalam perkembangan hukum pidana Indonesia ada

⁷³ Mardjono Reksodiputro, 1989, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dalam Tindak Pidana Korporasi*, Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi, 23-24 November 1989, FH Undip, Semarang, hlm. 9.

tiga sistem pertanggungjawaban pidana terhadap korporasi sebagai subjek hukum tindak pidana :

- 1) Jika pengurus korporasi sebagai pembuat, maka pengurus korporasi yang bertanggungjawab;
- 2) Jika korporasi sebagai pembuat, maka pengurus yang bertanggung jawab;
- 3) Jika korporasi sebagai pembuat dan juga korporasi yang bertanggung jawab.

Model-model pertanggungjawaban pidana korporasi yang dikemukakan oleh Mardjono Reksodiputro tersebut sama dengan yang dikemukakan oleh Muladi dan Dwidja Priyanto, yaitu : ⁷⁴

- 1) Pengurus korporasi sebagai pembuat dan penguruslah yang bertanggungjawab;
- 2) Korporasi sebagai pembuat dan penguruslah yang bertanggung jawab;
- 3) Korporasi sebagai pembuat dan juga yang bertanggung jawab.

Pertanggungjawaban korporasi dalam tindak pidana korupsi juga dapat dibaca pada Pasal 20 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang dirumuskan sebagai berikut :

⁷⁴ Muladi dan Dwidja Prayitno, 2012, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 86.

- 1) Dalam hal tindak pidana korupsi dilakukan oleh atau atas nama suatu korporasi, maka tuntutan dan penjatuhan pidana dapat dilakukan terhadap korporasi dan/atau pengurusnya.
- 2) Tindak pidana korupsi dilakukan oleh korporasi apabila tindak pidana tersebut dilakukan oleh orang-orang baik berdasarkan hubungan kerja maupun berdasarkan hubungan lain, bertindak dalam lingkungan korporasi tersebut baik sendiri maupun bersama-sama.
- 3) Dalam hal tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu korporasi, maka korporasi tersebut diwakili oleh pengurus.
- 4) Pengurus yang mewakili korporasi sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (3) dapat diwakili oleh orang lain.
- 5) Hakim dapat memerintahkan supaya pengurus korporasi menghadap sendiri di pengadilan dan dapat pula memerintahkan supaya pengurus tersebut dibawa ke sidang pengadilan.
- 6) Dalam hal tuntutan pidana dilakukan terhadap korporasi, maka panggilan untuk menghadap dan penyerahan surat panggilan tersebut disampaikan kepada pengurus di tempat tinggal pengurus atau di tempat pengurus berkantor.
- 7) Pidana pokok yang dapat dijatuhkan terhadap korporasi hanya pidana denda dengan ketentuan maksimum pidana ditambah $\frac{1}{3}$ (satu pertiga).

Walaupun dari ketentuan itu tidak banyak yang dapat diketahui karena sumirnya rumusan, tetapi Pasal 20 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi ini memuat beberapa ketentuan. Setidaknya ada tiga hal yang benar-benar harus dipahami oleh para praktisi hukum dalam menetapkan subjek hukum korporasi yang melakukan tindak pidana korupsi, yakni :

- 1) Indikator kapan telah terjadi tindak pidana korupsi oleh korporasi;
- 2) Secara sumir mengatur hukum acaranya; dan
- 3) Mengenai pembebanan tanggung jawab pidananya.

BAB III

METODOLOGI PENELITIAN

A. Lokasi Penelitian

Dalam melakukan penelitian, Penulis memilih Kota Makassar khususnya Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin sebagai lokasi penelitian untuk mempermudah memperoleh data dan informasi yang akurat dan relevan terkait dengan permasalahan yang dibahas.

B. Jenis Penelitian

Ilmu hukum merupakan ilmu normatif yang memiliki sifat *sui generis* sehingga penelitian ilmu hukum yang dilakukan juga memiliki sifat *sui generis*. Menurut Peter Mahmud Marzuki, hal ini dapat terjadi dikarenakan ilmu hukum tidak hanya memiliki sifat normatif tetapi ilmu hukum juga memiliki sifat empiris analitis.⁷⁵

Berdasarkan hal tersebut, Soerjono Soekanto membagi penelitian hukum menjadi dua jenis, yaitu sebagai berikut: ⁷⁶

1. Penelitian hukum normatif (*normative law research*), yakni menggunakan studi kasus normatif berupa produk hukum,

⁷⁵ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 45.

⁷⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Pamudji, 2006, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 23.

misalnya mengkaji peraturan perundang-undangan. Pokok kajiannya adalah hukum yang dikonsepskan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat dan menjadi acuan perilaku setiap orang. Sehingga penelitian hukum normatif berfokus pada asas-asas hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematika hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum. Oleh karena itu, penelitian hukum normatif bertolak pada bahan-bahan hukum yang bersifat tertulis, sehingga disebut juga sebagai penelitian perpustakaan atau studi dokumen.

2. Penelitian hukum empiris, yakni menggunakan studi kasus hukum empiris berupa perilaku hukum masyarakat. Pokok kajiannya adalah hukum yang dikonsepskan sebagai perilaku nyata (*actual behaviour*) sebagai gejala sosial yang sifatnya tidak tertulis, sehingga penelitian hukum empiris ini berfokus pada identifikasi hukum dan efektivitas hukum yang sedang berlaku di dalam masyarakat. Oleh karena itu, penelitian hukum empiris tidak bertolak pada hukum positif tertulis, melainkan hasil observasi langsung di lokasi penelitian.

Berdasarkan rumusan masalah yang telah dipaparkan oleh Penulis pada bab satu, maka dari dua jenis penelitian yang telah disebutkan, penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif guna mendapatkan hasil penelitian yang relevan.

C. Jenis dan Sumber Data

Oleh karena penelitian yang dilakukan oleh Penulis adalah penelitian normatif, maka jenis data yang digunakan oleh Penulis adalah data sekunder yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka yang relevan dengan penelitian ini. Adapun data sekunder mencakup :

- 1) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat seperti peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan yang dibahas.
- 2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang terdiri dari bahan acuan lainnya yang berisikan informasi yang mendukung penelitian, seperti buku-buku hukum, artikel, tulisan-tulisan, karya ilmiah, internet, dan sebagainya.
- 3) Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Contohnya adalah kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif dan sebagainya.

Sedangkan sumber data dari penelitian ini adalah penelitian pustaka (*library research*), yaitu menelaah berbagai buku kepustakaan, koran dan karya ilmiah yang memiliki hubungan dengan objek penelitian.

D. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan oleh penulis dalam penelitian ini adalah menggunakan teknik studi dokumentasi yaitu dengan cara mengumpulkan data, membaca, dan menelaah beberapa literatur, buku, koran serta peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan masalah yang diteliti.

E. Analisis Data

Data yang diperoleh Penulis, akan diolah dan di analisis berdasarkan rumusan masalah yang telah diterapkan sehingga diharapkan dapat diperoleh gambaran yang jelas. Analisis data yang digunakan adalah analisis data yang berupaya memberikan gambaran secara jelas dan konkrit terhadap objek yang dibahas secara kualitatif dan selanjutnya data tersebut disajikan secara deskriptif yaitu menjelaskan, menguraikan dan menggambarkan sesuai dengan permasalahan yang erat kaitanya dengan penelitian ini.

BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Hubungan Hukum Antara Diskresi dan Penyalahgunaan Kewenangan dalam Konteks Tindak Pidana Korupsi

1. Penyalahgunaan Kewenangan Sebagai Parameter Untuk Membatasi Kewenangan Diskresi Pejabat Pemerintahan

Diskresi atau yang dikenal dengan istilah *freies ermessen* berfungsi sebagai pelengkap asas legalitas dalam hukum administrasi negara. Dalam bidang hukum administrasi negara, asas legalitas memiliki makna "*dat het bestuur aan de wet is onderworpen*" (pemerintah tunduk pada undang-undang) atau "*Het legaliteitsbeginsel houdt in dat all (algemene) de burgers bindende bepalingen op de wet moeten berusten*" (asas legalitas menentukan semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada undang-undang). Asas legalitas ini merupakan prinsip negara hukum yang sering dirumuskan dengan ungkapan "*het beginsel van wetmatigheid van bestuur*" yakni prinsip keabsahan pemerintahan.⁷⁷

H.D. Stout dengan mengutip pendapat Verhey, mengemukakan bahwa *het beginsel van wetmatigheid van bestuur* mengandung tiga aspek yakni aspek negatif, aspek formal-positif, dan aspek materiil-positif. Aspek negatif menentukan bahwa tindakan pemerintah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Aspek formal positif menentukan bahwa pemerintah hanya memiliki kewenangan tertentu sepanjang

⁷⁷ Ridwan H.R, *Op.cit*, hlm. 90-91.

diberikan undang-undang. Sedangkan aspek materiil-positif menentukan bahwa undang-undang memuat aturan umum yang mengikat tindakan pemerintahan. Sehingga kewenangan itu harus memiliki dasar peraturan perundang-undangan dan juga bahwa kewenangan itu isinya ditentukan normanya oleh undang-undang sehingga pelaksanaannya menjadi bersifat absolut.⁷⁸

Akan tetapi dalam doktrin konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), tugas negara adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum dan bukan hanya sebatas menjamin ketertiban umum dan keamanan masyarakat. Seiring dengan berkembangnya kehidupan masyarakat yang kian kompleks menuntut peran negara untuk terlibat dalam segala aspek kehidupan dalam rangka untuk menyelenggarakan kepentingan umum.

Untuk mencapai tujuan tersebut maka pemerintah tidak dapat terus bergantung kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku karena pada prinsipnya peraturan perundang-undangan merupakan produk hukum yang tidak dapat mengikuti perkembangan dinamika di masyarakat. Untuk itu pemerintah diberikan kewenangan berupa diskresi, yaitu suatu tindakan atau perbuatan administrasi negara yang bebas menilai dan mempertimbangkan situasi atau persoalan penting yang mendesak dan timbul secara tiba-tiba dimana pengaturan

⁷⁸ *Ibid*, hlm. 92.

penyelesaiannya belum ada, sehingga pejabat pemerintahan terpaksa untuk bertindak secara cepat menyelesaikan permasalahan tersebut.

Menurut Marcus Lukman, persoalan-persoalan penting yang mendesak untuk digunakannya diskresi, sekurang-kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut :⁷⁹

- a) Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat banyak/bersama, serta kepentingan pembangunan.
- b) Munculnya persoalan tersebut secara tiba-tiba, berada diluar rencana yang telah ditentukan.
- c) Untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri.
- d) Prosedurnya tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna.

⁷⁹ Marcus Lukman sebagaimana dikutip oleh Saut P. Panjaitan, *Makna dan Peranan Freies Ermessen Dalam Hukum Administrasi Negara* dalam S. F. Marbun et al., *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 117.

Dengan adanya diskresi berarti sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara, sebagai badan eksekutif. Jadi supremasi badan legislatif diganti oleh supremasi badan eksekutif.⁸⁰ Hal tersebut dikarenakan administrasi negara dianggap telah melakukan penyelesaian masalah tanpa harus menunggu perubahan undang-undang dari badan legislatif.⁸¹

Menurut Roscoe Pound dan La Favre yang dikutip oleh Yopie Morya Immanuel Patiro, pada hakekatnya diskresi berada di antara hukum dan moral (etika dalam arti sempit). Diskresi menyangkut keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan di dalam penegakan hukum. Diskresi sangat penting, karena itu : *pertama*, tidak ada peraturan perundang-undangan yang sedemikian lengkapnya, sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia. *Kedua*, adanya kelambat-lambatan untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan perkembangan masyarakat, sehingga menimbulkan ketidakpastian. *Ketiga*, kurangnya biaya untuk menerapkan peraturan perundang-undangan sebagaimana dikehendaki oleh pembentuk undang-undang. *Keempat*, adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.⁸²

⁸⁰ A. Siti Soetami, 2000, *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hlm. 46.

⁸¹ Diana Halim Koentjoro, *Op.cit*, hlm. 42.

⁸² Yopie Morya Immanuel Patiro, *Op. cit*, hlm. 165.

Namun demikian, keputusan-keputusan atau tindakan-tindakan yang diambil untuk menyelesaikan masalah itu harus dipertanggungjawabkan, baik secara hukum maupun moral pula. Jadi tindakan atau perbuatan tersebut dilakukan menurut kelayakan dan kesesuaian, artinya berdasarkan pandangan-pandangan objektif dibawah pertimbangan berdasarkan kepentingan umum yang adil dan layak.

Kecenderungan yang terjadi pada saat ini berkaitan dengan fungsi pengawasan yang dilakukan oleh aparat pengawasan internal dan eksternal serta hakim, jaksa dan polisi yang sangat positivistik, mengakibatkan penyelenggaraan kewenangan pejabat pemerintahan berupa implimentasi dari *freies ermessen* atau diskresi berujung pada tuntutan hukum secara pidana. Keadaan ini membawa implikasi pada timbulnya ketidakpastian hukum di bidang tindakan administrasi negara, yang pada gilirannya mengganggu kinerja pejabat pemerintahan karena menimbulkan pembunuhan karakter terhadap praktek penyelenggaraan pemerintahan yang sehat. Oleh karena itu, dibutuhkan ketegasan dan kejelasan serta perlindungan terhadap pejabat pemerintahan dalam melaksanakan tindakan hukum administrasi dalam kerangka diskresi atau *freies ermessen* agar pejabat pemerintahan dapat menjalankan fungsinya dan kepentingan masyarakat dapat tercapai.

Persoalan diskresi kemudian menjadi perdebatan hukum bagi kalangan akademisi. Dalam bidang hukum administrasi negara, kewenangan diskresi baik dalam rangka melaksanakan kebijakan negara

(*staatsbeleid*) menjadi kajian alasan penolakan maupun justifikasi pemidanaan pada area hukum pidana. Sedangkan dalam ranah hukum pidana, diskresi seringkali dipandang sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan oleh karena diskresi yang merupakan kewenangan bebas yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan untuk mengeluarkan kebijakan atau melakukan tindakan sesuai dengan pendapatnya sendiri tidak memiliki batasan-batasan yang terukur. Kewenangan diskresi yang tidak didasari oleh aturan inilah yang kemudian sering dipandang sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan sehingga membuat aparat penegak hukum menggunakan ketentuan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi untuk membawa diskresi ke ranah hukum pidana.

Sebagai bentuk kewenangan yang diberikan oleh hukum, maka tindakan diskresi pemerintah adalah tindakan yang absah (*rechtmatig*) meskipun adakalanya tindakan tersebut menyimpang atau bertentangan dengan undang-undang atau legislasi. Dalam kondisi demikian diskresi tidak serta merta dapat dikualifikasikan sebagai tindakan melawan hukum. Diskresi baru dapat dipandang sebagai tindakan melawan hukum manakala dapat dibuktikan bahwa tindakan diskresi tersebut merupakan praktik dari penyalahgunaan kewenangan.

Untuk melihat hubungan hukum antara diskresi dan penyalahgunaan kewenangan khususnya dalam konteks tindak pidana korupsi, maka harus dilakukan kesepahaman mengenai pengertian

penyalahgunaan kewenangan yang diatur dalam ranah hukum administrasi negara maupun ranah hukum pidana. Dalam ranah hukum pidana, tidak ditemukan secara eksplisit pengertian penyalahgunaan kewenangan itu sendiri, sehingga seringkali pada prakteknya konsep penyalahgunaan kewenangan dalam ranah hukum administrasi negara diadopsi kedalam hukum pidana menggunakan doktrin yang dikemukakan oleh H. A. Demersem mengenai *De Autonomie Van Het Materiele Strafrecht* (otonomi hukum pidana materiil) yang pada intinya menyatakan bahwa hukum pidana mempunyai otonomi untuk memberikan pengertian yang berbeda dengan pengertian yang terdapat dalam cabang ilmu hukum lainnya, akan tetapi jika hukum pidana tidak menentukan lain, maka dipergunakan pengertian yang terdapat dalam cabang hukum lainnya. Dengan demikian apabila pengertian menyalahgunakan kewenangan tidak ditemukan eksplisitasnya dalam hukum pidana, maka hukum pidana dapat mempergunakan pengertian dan kata yang sama yang terdapat atau berasal dari cabang hukum lainnya.

Ajaran tentang *Autonomie Van Het Materiele Strafrecht* diterima oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara yang selanjutnya dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung R.I Nomor : 1340/K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992 sewaktu adanya perkara tindak pidana korupsi yang dikenal dengan perkara “sertifikat ekspor” dimana Drs. Menyok Wijono didakwa melanggar Pasal 1 ayat (1) sub b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 sebagai Kepala Bidang Ekspor kantor wilayah IV Direktorat Jenderal Bea

& Cukai Tanjung Priok, Jakarta. Oleh Mahkamah Agung dilakukan penghalusan hukum (*rechtsverwijning*) pengertian luas dari Pasal 1 ayat (1) sub b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 dengan cara mengambil alih pengertian menyalahgunakan kewenangan yang ada pada pasal 52 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang atau yang dikenal dengan *detournement de pouvoir*.

Sementara *Verklarend Woordenboek Openbaar Bestuur* merumuskan penyalahgunaan kewenangan sebagai penggunaan wewenang tidak sebagaimana mestinya. Dalam hal ini pejabat dianggap melanggar asas spesialisitas (asas tujuan) karena yang bersangkutan menggunakan wewenangnya untuk tujuan yang menyimpang dari tujuan yang telah diberikan kepada wewenang tersebut.⁸³

Berdasarkan pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam ranah hukum administrasi negara yang kemudian diadopsi kedalam ranah hukum pidana, maka tolak ukur utama dalam penentuan apakah tindakan diskresi pejabat pemerintahan dapat dikualifikasikan sebagai penyalahgunaan kewenangan adalah bertumpu pada tujuan dari dilakukannya diskresi. Dalam rumusan preskripsi yang negatif maka dianggap sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan jika tindakan

⁸³ Philipus M. Hadjon, et al., 2012, *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi : Cetakan Kedua*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, hlm. 21-22.

pemerintah tidak sesuai atau bertentangan dengan tujuan kewenangan. Dianggap sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan apabila tujuan dari diskresi tersebut tidak benar. Sementara jika diskresi dirumuskan secara positif maka suatu tindakan pemerintah dianggap tidak bertentangan dengan asas spesialisasi atau asas tujuan.

Secara teoritis, dasar dalam penentuan tujuan dari kewenangan pemerintah adalah undang-undang. Dalam pengertian demikian maka untuk menilai apakah tindakan pemerintah (termasuk tindakan diskresinya) terdapat unsur penyalahgunaan kewenangan maka harus dipertimbangkan terlebih dahulu adalah *legislative intent* dari undang-undang yang posisinya memberikan kewenangan atributif terhadap pemerintah sebagai dasar bertindak. *Legislative intent* tersebut pada hakikatnya yang akan mengkonstruksi atau menggariskan tujuan dari kewenangan yang diatribusikan kepada pemerintah oleh badan legislatif apakah tersurat atau tersirat.⁸⁴

Sementara dalam konteks diskresi, dasar substantif dari kewenangan diskresi adalah kepentingan umum atau kemaslahatan masyarakat (*public good*). Sejalan dengan konsep tersebut maka penilaian apakah telah terjadi penyalahgunaan kewenangan dalam tindakan diskresi dapat dilakukan lebih operasional. Kemaslahatan masyarakat pada hakikatnya adalah tujuan sah dari kekuasaan diskresi.

⁸⁴ Krishna Djaya Darumurti, 2016, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 126.

Dengan demikian, apakah melalui tindakan diskresi pemerintah maka kemaslahatan masyarakat terlayani atau tidak adalah fakta objektif untuk menentukan apakah telah terjadi penyalahgunaan kewenangan dalam tindakan diskresi atau tidak.⁸⁵

Kepentingan umum atau kemaslahatan masyarakat sebagai tujuan diskresi juga dianut dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dalam Pasal 22 ayat (2) telah mengatur tujuan dari tindakan diskresi secara eksplisit, yakni meliputi :

- a) Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
- b) Mengisi kekosongan hukum;
- c) Memberikan kepastian hukum; dan
- d) Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Dengan kata lain, apabila seorang pejabat pemerintahan menggunakan diskresi yang kemudian tidak sesuai dengan tujuan dari diskresi sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka tindakan tersebut dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan kewenangan. Namun tujuan dari diskresi dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan terlampau luas, oleh karena itu perlu juga diperhatikan apakah diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan menguntungkan individu-individu tertentu atau kelompok-

⁸⁵ *Ibid*, hlm. 128.

kelompok tertentu. Berdasarkan hal tersebut, maka konsep penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) baik dalam ranah hukum administrasi negara maupun hukum pidana, dijadikan sebagai parameter untuk membatasi gerak bebas dari pejabat pemerintahan (*discretionary power/freies ermessen*).

2. Hubungan Hukum Antara Diskresi, Penyalahgunaan Kewenangan, dan Ajaran Sifat Melawan Hukum

Pembicaraan mengenai justifikasi diskresi sebagai tindak pidana korupsi tidak dapat terlepas dari tindakan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) atau yang lebih dikenal dengan istilah menyalahgunakan kewenangan yang digunakan dan populer dalam hukum pidana, khususnya dalam praktek peradilan pidana ketika berbicara tentang tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan jabatan publik atau jabatan pemerintahan. Hal tersebut tidak mengherankan karena menyalahgunakan kewenangan merupakan inti delik (*bestanddeel delict*) dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang sering digunakan untuk menjerat tindakan pejabat pemerintahan terkait dengan kewenangan diskresi.

Pada dasarnya ketika membahas mengenai penyalahgunaan kewenangan yang merupakan unsur dari Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tidak dapat terlepas dari pembahasan mengenai ajaran sifat melawan hukum. Hal tersebut

dikarenakan dalam setiap rumusan tindak pidana harus tercermin adanya perbuatan melawan hukum. Rumusan tindak pidana harus disusun dalam kata-kata yang menggambarkan perbuatan berkonotasi negatif, sehingga sifat melawan hukum dari perbuatan itu menjadi nyata. Dalam hal pembentuk undang-undang tidak menemukan istilah yang dari arti leksikonnya saja sudah mencerminkan sifat melawan hukumnya suatu perbuatan, maka rumusan delik itu harus ditambahkan dengan kata-kata “melawan hukum”. Dengan demikian, melawan hukum selalu menjadi unsur mutlak setiap tindak pidana.⁸⁶

Namun dalam konteks hukum pidana formil, melawan hukum baru harus dibuktikan apabila menjadi bagian inti dari tindak pidana yang didakwakan. Dengan kata lain, baru dibuktikan melawan hukum jika perkataan tersebut disebutkan dalam rumusan tindak pidana. Apabila tidak disebutkan, maka dipandang melawan hukum sepanjang dapat dibuktikan unsur-unsur lain dari suatu tindak pidana, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya oleh terdakwa atau penasihat hukumnya.

Dalam tindak pidana korupsi perkataan “melawan hukum” hanya menjadi bagian inti yang harus dibuktikan dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sifat melawan hukum perbuatan itu direpresentasikan dengan kata-kata “secara melawan

⁸⁶ Chairul Huda, “Perbuatan Melawan Hukum dan Penyalahgunaan Kewenangan dalam Pelaksanaan Kontrak Bioremediasi”, diakses dari <http://www.huda-drchairulhudashmh.blogspot.co.id/2014/03/perbuatan-melawan-hukum-dan.html>, pada tanggal 18 Maret 2017 Pukul 14.34 WITA.

hukum” itu sendiri, sedangkan dalam pasal yang lain digunakan istilah yang lain lagi. Misalnya dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sifat melawan hukumnya termaktub dari istilah “menyalahgunakan kewenangan, sarana atau kesempatan yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan”. Demikian pula misalnya Pasal 5 ayat (1) huruf a Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sifat melawan hukumnya direpresentasikan dengan perkataan “dengan maksud supaya pegawai negeri atau penyelenggara negara berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya”.⁸⁷

Mengingat melawan hukum menjadi sifat umum dari suatu delik, maka tidak terpenuhinya unsur melawan hukum dalam suatu perbuatan menunjukkan perbuatan itu bukan tindak pidana. Apabila suatu perbuatan bukan tindak pidana, maka dengan kriteria apapun perbuatan itu tidak akan menjadi suatu tindak pidana. Misalnya jika majelis hakim dalam suatu putusan menyatakan bahwa perbuatan terdakwa tidak memenuhi unsur melawan hukum, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, maka perbuatan itu pasti bukan tindak pidana apapun, termasuk bukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi ataupun ketentuan pidana lainnya. Begitu penting sebenarnya posisi pertimbangan tentang terpenuhi atau tidak

⁸⁷ *Ibid*

terpenuhinya unsur melawan hukum ini dalam suatu tindak pidana, yang boleh jadi tanpa disadari mempengaruhi penerapan ketentuan pidana lainnya dalam kasus itu.

Konsepsi diatas membawa pada pemahaman bahwa “menyalahgunakan kewenangan, sarana atau kesempatan yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan” adalah peristilahan yang digunakan pembentuk undang-undang untuk menggambarkan sifat melawan hukum tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Oleh karena itu, jika suatu perbuatan tidak melawan hukum menurut Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, mengingat pasal tersebut menggunakan istilah “melawan hukum” untuk menggambarkan sifat melawan hukumnya, maka secara *mutatis mutandis*, perbuatan itu juga tidak dapat dipandang sebagai bentuk perbuatan melawan hukum menurut pasal manapun, termasuk bukan perbuatan menyalahgunakan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Sejalan dengan hal tersebut, Abdul Latif mengemukakan bahwa menyalahgunakan kewenangan sebagai salah satu unsur dari tindak pidana korupsi merupakan *species delict* dari unsur melawan hukum sebagai *genus delict*.⁸⁸ Dengan kata lain dalam unsur melawan hukum

⁸⁸ Abdul Latif, 2014, *Hukum Administrasi Negara dalam Tindak Pidana Korupsi*, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 41.

telah mencakup adanya unsur penyalahgunaan kewenangan. Begitupun sebaliknya, tindakan penyalahgunaan kewenangan tentunya terkandung sifat melawan hukum didalamnya. Sehingga dalam penerapannya, Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi selalu digunakan untuk menjerat pejabat pemerintahan dengan dasar bahwa pasal 3 merupakan *lex specialis* dari Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Berdasarkan konsep yang demikian, jika dikaitkan dengan kewenangan diskresi pejabat pemerintahan yang seringkali disamaartikan dengan penyalahgunaan kewenangan, yang mana pada subbab sebelumnya Penulis telah menjabarkan bahwa penyalahgunaan kewenangan sebenarnya adalah parameter untuk membatasi kewenangan diskresi dari pejabat pemerintahan, maka ajaran sifat melawan hukum dalam hukum pidana yang didalamnya telah mencakup unsur penyalahgunaan kewenangan juga harus dijadikan sebagai parameter untuk membatasi kewenangan diskresi pejabat pemerintahan. Namun antara penyalahgunaan kewenangan dan ajaran sifat melawan hukum memiliki perbedaan yakni penyalahgunaan kewenangan dapat menjadi parameter membatasi diskresi dalam ranah hukum administrasi negara dan ranah hukum pidana, sementara ajaran sifat melawan hukum hanya menjadi parameter untuk membatasi kewenangan diskresi pada ranah hukum pidana.

Namun menurut hemat Penulis, ajaran sifat melawan hukum merupakan salah satu unsur esensial dalam hukum pidana tidak hanya berfungsi sebagai parameter untuk membatasi kewenangan diskresi pejabat pemerintahan. Lebih dari itu, ajaran sifat melawan hukum seyogyanya dapat dijadikan sebagai salah satu alasan penghapusan pidana meskipun tidak jarang pula ajaran sifat melawan hukum justru digunakan untuk menjustifikasi kewenangan diskresi pada ranah hukum pidana sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi.

Ajaran sifat melawan hukum dalam konteks tindak pidana korupsi menganut sifat melawan hukum dalam arti formil dan dalam arti materiil. Pada dasarnya, pergeseran perbuatan melawan hukum formil menjadi perbuatan melawan hukum materiil dilakukan pembentukannya melalui yurisprudensi (putusan hakim). Konkritnya, yurisprudensi Mahkamah Agung telah memberikan landasan dan terobosan serta melakukan pergeseran dalam penanganan tindak pidana korupsi dari pengertian perbuatan melawan hukum bersifat formil menjadi bersifat materiil meliputi setiap perbuatan yang melanggar norma-norma kepatutan masyarakat atau setiap perbuatan yang dianggap tercela oleh masyarakat. Tegasnya, landasan, terobosan dan pergeseran pengertian "*wederrechtelijk*", khususnya perbuatan melawan hukum materiil dalam hukum pidana

tersebut mendapat pengaruh kuat dari pengertian perbuatan melawan hukum secara luas dari hukum perdata.⁸⁹

Kemudian dalam praktik peradilan khususnya melalui yurisprudensi Mahkamah Agung juga telah memberikan nuansa baru perbuatan melawan hukum materiil bukan hanya dibatasi dari fungsi negatif sebagai alasan peniadaan pidana guna menghindari pelanggaran asas legalitas maupun penggunaan analogi yang dilarang oleh hukum pidana. Akan tetapi, Mahkamah Agung dengan melalui yurisprudensinya melakukan pergeseran perbuatan melawan hukum materiil ke arah fungsi positif melalui kriteria limitatif dan kasuistik berupa perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik dipandang dari segi kepentingan hukum yang lebih tinggi ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat/negara dibandingkan dengan keuntungan dari perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik

Sebagai salah satu contoh yurisprudensi Mahkamah Agung yang menerapkan sifat melawan hukum materiil dengan fungsi negatif yang bertujuan menjadi alasan penghapus pidana (yang tidak tertulis) adalah dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor : 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa Machroes Effendi (kemudian diikuti pula Putusan Mahkamah Agung Nomor : 71/K/1970 tanggal 27 Mei 1972, Putusan Mahkamah Agung nomor : 81/K/Kr/1973 tanggal 30 Mei 1977)

⁸⁹ Lilik Mulyadi, "Perbuatan Melawan Hukum dalam Tipikor pada Putusan MA", Majalah Mahkamah Agung Edisi 3, Mahkamah Agung, Desember 2013, hlm. 65.

dimana Mahkamah Agung berpendapat bahwa adanya 3 (tiga) sifat hilangnya unsur (*bestanddeelen*) melawan hukum materiil sebagai alasan penghapus pidana (yang tidak tertulis) dalam tindak pidana korupsi berupa faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa tidak mendapat untung.

Sedangkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang menerapkan perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positif adalah Putusan Nomor: 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 atas nama terdakwa Drs. R. S. Natalegawa (kemudian diikuti pula dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2477 K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1571 K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995). Pada dasarnya, yurisprudensi Mahkamah Agung ini pertimbangan putusannya bersifat futuristik dengan titik tolak penafsiran yang keliru. Pengertian “melawan hukum” dari *judex facti* diidentikan sebagai “melawan peraturan yang ada sanksi pidananya” sebagai dikatakan dengan redaksional sebagai berikut :

“Menimbang, bahwa menurut Mahkamah Agung penafsiran terhadap sebutan “melawan hukum” tidak tepat, jika hal itu hanya dihubungkan dengan policy perkreditan direksi yang menurut Pengadilan Negeri tidak melanggar peraturan hukum yang ada sanksi pidananya, akan tetapi sesuai pendapat yang sudah berkembang dalam ilmu hukum, seharusnya hal itu diukur berdasarkan asas-asas hukum tidak tertulis, maupun asas-asas yang bersifat umum menurut keputusan dalam masyarakat”

Kemudian yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut secara implisit memberikan pertimbangan bahwa penanganan kasus ini mengacu kepada pengertian melawan hukum materiil dari fungsi positif. Aspek ini lebih detail dipertimbangkan dengan redaksional sebagai berikut :

“Menimbang, bahwa menurut kepatutan dalam masyarakat khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, apabila seorang pegawai negeri menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seorang lain dengan maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaannya atau wewenangnya yang melekat pada jabatannya secara menyimpang, hal itu sudah merupakan “perbuatan melawan hukum”, karena menurut kepatutan perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercela atau perbuatan yang menusuk perasaan hati masyarakat banyak”

Pada hakikatnya pertimbangan Putusan Mahkamah Agung inilah yang dianggap sebagai perkembangan interpretasi futuristik yang menyelami perasaan keadilan masyarakat di satu pihak, sedangkan di sisi lainnya berpendapat bahwa sejak putusan itu ajaran sifat melawan hukum materiil telah mempunyai fungsi positif dimana menurut ajaran umum hukum pidana, tidak diperbolehkan karena akan bertentangan dengan asas legalitas.

Putusan Mahkamah Agung memberikan ruang dan dimensi tentang diterapkannya perbuatan melawan hukum materiil, baik dalam fungsi negatif dan fungsi positif. Apabila dijabarkan, walaupun yurisprudensi tersebut bertitik tolak kepada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, akan tetapi dalam perkembangan berikutnya dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-

Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi ajaran perbuatan melawan hukum materiil tetap dipertahankan dan diterapkan secara normatif, teoretis dan praktik peradilan. Penjabaran lebih lanjut mengenai sifat melawan hukum dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tercantum dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yakni :

“Yang dimaksud dengan ‘secara melawan hukum’ dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana....”

Namun terhadap penjelasan pasal 2 ayat (1) mengenai sifat melawan hukum dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor : 003/PUU-IV/2006 berpendapat bahwa ketentuan dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang pada intinya menyatakan bahwa perbuatan melawan hukum yang dimaksud mencakup dalam arti melawan hukum formil maupun materiil, menurut Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dalam menjatuhkan putusannya, Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan beberapa hal yakni sebagai berikut :

- 1) Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti, dengan mana dalam bidang hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, bahwa asas tersebut merupakan satu tuntutan akan kepastian hukum dimana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (*lex scripta*) yang telah lebih dahulu ada;
- 2) Hal demikian menuntut bahwa suatu tindak pidana memiliki unsur melawan hukum yang harus secara tertulis lebih dahulu telah berlaku, yang merumuskan perbuatan apa atau akibat apa dari perbuatan manusia secara jelas dan ketat yang dilarang sehingga karenanya dapat dituntut dan dipidana, sesuai dengan prinsip *nullum crimen sine lege stricta*;
- 3) Konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (*formele wederrechtelijk*), yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (*lex certa*) atau yang dikenal juga dengan istilah *Bestimmtheitsgebot*.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa konsep melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijk*), yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai satu norma keadilan, adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga melawan hukum disuatu tempat mungkin ditempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat.

Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif tersebut dapat memberikan peluang terjadinya tindakan kesewenang-wenangan, karena dalam menentukan ada tidaknya perbuatan atau tindak pidana selain ditentukan oleh hukum pidana tertulis juga berdasarkan rasa keadilan atau norma-norma keadilan atau norma-norma kehidupan sosial masyarakat. Selain itu, perlu diperhatikan bahwa Indonesia merupakan bangsa majemuk yang terdiri dari berbagai suku bangsa dan adat istiadat serta hukum adat yang berbeda antara satu dengan yang lain, sehingga apabila diterapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif tentunya dapat memicu disparitas hukum pidana. Disparitas dalam pidana dimulai dari hukumnya sendiri yang akan menimbulkan

ketidakadilan dalam penerapannya dan selanjutnya akan menghilangkan kepercayaan masyarakat terhadap hukum.⁹⁰

Sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif merupakan perluasan norma menurut Remmelink. Hal tersebut merupakan perluasan lingkup hukum pidana sehingga lebih banyak perbuatan yang tidak disebutkan di dalam undang-undang yang dapat dinyatakan sebagai delik. Meskipun begitu, akan muncul banyak keberatan dari segi sudut pandang negara hukum. Andi Hamzah menyetujui pernyataan tersebut karena menurut beliau, penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif akan membahayakan tertib hukum, bahkan dapat terjadi kesewenang-wenangan hukum.⁹¹ Sedangkan menurut pandangan Eddy O.S. Hiariej, ajaran melawan hukum materiil dalam fungsi positif bertentangan dengan asas legalitas dan oleh karenanya beliau tidak dapat menerimanya karena akan menimbulkan ketidakpastian hukum.⁹²

Hukum pidana pada dasarnya dapat memberikan toleransi terhadap penggunaan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif sebagai alasan penghapus pidana yang tidak tertulis dan dijadikan sebagai alasan pembenar yang berada diluar undang-undang. Di Indonesia penerapan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang

⁹⁰ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 56.

⁹¹ Andi Hamzah, 2012, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia & Perkembangannya*, Soft Media, Medan, hlm. 178.

⁹² Eddy O. S. Hiariej, 2013, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 203.

negatif didukung oleh doktrin para ahli hukum pidana atau teori hukum pidana. sebagaimana disampaikan oleh Lamintang bahwa :⁹³

“Paham *materiele wederrechtelijk* seperti yang dianut oleh Mahkamah Agung itu sebenarnya sudah tepat, asalkan apa yang dimaksud dengan asas-asas hukum umum dari hukum yang tidak tertulis itu dibatasi demikian rupa hingga yang dapat dimasukkan ke dalam pengertian hanyalah asas-asas hukum umum dari hukum adat saja. Seperti yang dikatakan bahwa menurut paham *wederrechtelijk* dalam arti materiil itu, apakah sesuatu perbuatan itu dipandang sebagai bersifat *wederrechtelijk* atau tidak, maka perbuatan tersebut bukan saja harus ditinjau menurut ketentuan-ketentuan hukum yang tertulis melainkan juga harus ditinjau menurut asas-asas hukum umum yang dari hukum yang tidak tertulis”

Sedangkan Komariah Emong Sapardjaja mengatakan syarat hilangnya sifat melawan hukum materiil harus dilihat dari apakah perbuatan terdakwa :⁹⁴

- a) Mempunyai tujuan nyata yang memberikan manfaat terhadap kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh undang-undang.
- b) Melindungi suatu kepentingan hukum yang lebih tinggi dibandingkan dengan kepentingan hukum yang dituju oleh perumusan tindak pidana yang dilanggarnya.
- c) Mempunyai nilai yang lebih besar bagi kepentingan masyarakat dibandingkan dengan kepentingan diri sendiri.

⁹³ P. A. F. Lamintang, 1997, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 363.

⁹⁴ Komariah Emong Sapardjaja, *Op. cit*, hlm. 216.

Dalam kaitannya dengan kewenangan diskresi oleh pejabat pemerintahan, penerapan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif dapat dijadikan alasan pembenar untuk tidak dipidanya pejabat pemerintahan pada saat menggunakan kewenangan diskresi yang seringkali mendapat justifikasi sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi. Namun hapusnya unsur pidana dari tindakan diskresi baru dapat diterapkan apabila diskresi dilakukan tetap sesuai dengan tujuannya yaitu untuk kemaslahatan masyarakat atau kepentingan umum, tidak memberikan keuntungan pada pejabat pemerintah yang menggunakan diskresi, dan tidak merugikan keuangan negara.

B. Tolak Ukur Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Penyalahgunaan Kewenangan yang Berimplikasi Pada Tindak Pidana Korupsi

1. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sebagai *Umbrella Act* bagi Pejabat Pemerintahan dalam Menggunakan Diskresi

Hukum memberikan imunitas kepada badan atau pejabat pemerintahan yang melakukan tindakan diskresi, tetapi imunitas tersebut bersyarat, yaitu terpenuhinya kriteria hukum. Dalam perspektif negara hukum (*the rule of law*), tindakan diskresi pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan keabsahannya. Asas ini tidak untuk men-*discourage* badan atau pejabat pemerintahan. Asas ini sifatnya umum, *prima facie*, tidak dalam arti absolut, sebagai konsekuensi dari negara

hukum. Manakala syarat-syarat hukum terpenuhi, tindakan diskresi, bahkan yang bertentangan dengan undang-undang (asas legalitas), tidak dapat dipertanggungjawabkan.⁹⁵

Ada beberapa kelebihan dalam penggunaan diskresi oleh badan atau pejabat pemerintahan. Pertama, kebijakan pemerintah yang bersifat darurat (*emergency*) terkait hajat hidup orang banyak dapat segera diputuskan atau diberlakukan oleh pemerintah meskipun masih dapat dibantah (*debatable*) secara yuridis atau bahkan terjadi kekosongan pengaturan hukum sama sekali. Kedua, badan atau pejabat pemerintah tidak terjebak pada formalisme hukum, dalam arti tidak ada kekosongan pengaturan hukum bagi setiap kebijakan publik (*public policy*) sepanjang berkaitan dengan kepentingan umum atau masyarakat luas. Ketiga, sifat dan roda pemerintahan menjadi luwes, sehingga sektor pelayanan publik makin hidup dan pembangunan bagi peningkatan kesejahteraan rakyat menjadi tidak statis seiring dengan dinamika masyarakat dan perkembangan zaman.⁹⁶

Namun demikian, dengan berbagai segi positif yang ada, kewenangan diskresi bukan cek kosong yang dapat diisi secara bebas oleh badan atau pejabat pemerintah. Manakala tindakan diskresi badan atau pejabat pemerintah tidak dapat di kontrol (*uncheckable*) atau tidak dapat dinilai/diuji (*unreviewable*) maka akan terjadi tirani. Pemerintah

⁹⁵ Krishna Djaya Darumurti, *Op. cit*, hlm. 102.

⁹⁶ *Ibid*.

seolah menjadi paling benar dan paling tahu apa yang benar, sehingga hal tersebut kemudian yang memunculkan tindakan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) maupun tindakan sewenang-wenang (*willekeur*).

Problematika mengenai diskresi yang seringkali dihubungkan dengan tindakan penyalahgunaan kewenangan maupun tindakan sewenang-wenang tidak serta merta diakibatkan oleh pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi melampaui batasannya. Namun seringkali diskresi justru mendapat justifikasi sebagai tindak pidana berupa penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi oleh karena pemahaman dari praktisi hukum sangat positivistik sehingga memandang diskresi sebagai tindakan tanpa dasar hukum karena tidak bersandar pada peraturan perundang-undangan. Keadaan tersebut membawa implikasi pada timbulnya ketidakpastian hukum pada bidang tindakan administrasi negara, yang pada gilirannya mengganggu kinerja pejabat pemerintahan karena takut tindakan diskresinya akan di anggap sebagai tindak pidana.

Pada dasarnya penyalahgunaan kewenangan dapat terjadi pada wewenang terikat maupun wewenang bebas (diskresi). Indikator atau tolak ukur penyalahgunaan kewenangan pada jenis wewenang terikat adalah asas legalitas (tujuan yang telah ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan), sedangkan jenis wewenang bebas (diskresi) digunakan

parameter asas-asas umum pemerintahan yang baik, karena asas “*wetmatigheid*” atau asas legalitas tidaklah memadai.⁹⁷

Menurut Philipus M. Hadjon, asas-asas umum pemerintahan yang baik harus dipandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti tepat dari asas-asas umum pemerintahan yang baik bagi tiap keadaan tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan dengan teliti. Dapat pula dikatakan, bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik adalah asas-asas hukum tidak tertulis, darimana untuk keadaan-keadaan tertentu dapat ditarik aturan-aturan hukum yang dapat diterapkan.

Namun seiring dengan perjalanan waktu dan perubahan politik Indonesia, asas-asas umum pemerintahan yang baik kemudian muncul dan dimuat dalam suatu peraturan perundang-undangan, yaitu Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN) tepatnya dalam Pasal 3 yang meliputi :

1. *Asas Kepastian Hukum*, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara.

⁹⁷ Nur Basuki Minarno, 2011, *Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, hlm. 92.

2. *Asas Tertib Penyelenggaraan Negara*, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara negara.
3. *Asas Kepentingan Umum*, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif.
4. *Asas Keterbukaan*, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
5. *Asas Proporsionalitas*, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara.
6. *Asas Profesionalitas*, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
7. *Asas Akuntabilitas*, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Penerapan asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai tolak ukur untuk membatasi diskresi dapat diterima dalam ranah hukum administrasi negara. Namun apabila berbicara mengenai konteks hukum pidana yang sering kali menjustifikasi diskresi sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi, asas-asas umum pemerintahan yang baik sangat jarang ditemukan dalam pertimbangan putusan hakim sebagai alasan untuk melegalisasi tindakan diskresi pejabat pemerintahan. Hal tersebut disebabkan asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan asas hukum yang sifatnya abstrak karena berbentuk norma hukum tidak tertulis, sekalipun asas-asas umum pemerintahan yang baik telah dimuat dalam peraturan perundang-undangan, namun ketentuan tersebut masih dipandang terlalu luas dan terlalu abstrak untuk dijadikan sebagai bahan pertimbangan untuk melegalisasi tindakan diskresi jika diperhadapkan dengan hukum pidana.

Oleh karena asas-asas umum pemerintahan yang baik dianggap tidak mampu menjadi payung hukum (*umbrella act*) bagi kewenangan diskresi khususnya jika diperhadapkan dengan justifikasi pada ranah hukum pidana, maka dibentuklah peraturan perundang-undangan yang dapat menjadi payung hukum bagi pejabat pemerintahan dalam menggunakan diskresi sekaligus sebagai alat untuk mengontrol kewenangan diskresi itu sendiri yang tercermin dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang dalam BAB VI tepatnya dalam Pasal 22

sampai dengan Pasal 32 mengatur mengenai kewenangan diskresi yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan.

Setelah diundangkannya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, pejabat pemerintahan setidaknya dapat lepas dari ketakutan untuk menggunakan diskresi karena adanya justifikasi diskresi sebagai tindakan penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi pada tindak pidana korupsi. Dengan telah dirumuskannya secara yuridis apa dan bagaimana sebuah diskresi, maka diskresi yang digunakan pejabat pemerintahan memiliki ukuran yang jelas dan sekaligus meminimalisasi perbedaan pandangan mengenai sah atau tidaknya suatu diskresi yang digunakan serta apakah suatu tindakan diskresi dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi.

Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang dimaksud dengan diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

Dari pengertian yang diberikan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka jelaslah bahwa seorang pejabat pemerintahan boleh menggunakan diskresi apabila peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Diluar kriteria yang diberikan

undang-undang tentu keputusan atau tindakan yang diambil seorang pejabat pemerintahan tidak termasuk dalam lingkup yang disebut dengan diskresi.

Lebih lanjut Undang-Undang Administrasi Pemerintahan memberikan penafsiran yang konkrit mengenai kapan suatu diskresi dapat digunakan berdasarkan dari pengertian diskresi itu sendiri yang meliputi :

1. Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan memberikan pilihan. Berdasarkan penjelasan Pasal 23 huruf a Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menjelaskan bahwa pilihan keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang dimaksud pilihan keputusan dan/atau tindakan adalah respon atau sikap pejabat pemerintahan dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan administrasi pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
2. Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan tidak mengatur. Berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan terkait dengan penggunaan diskresi karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur dengan penjelasan, bahwa yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak mengatur” adalah ketiadaan atau

kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau diluar kelaziman.

3. Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Mengenai penggunaan diskresi atas alasan peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas adalah dengan penjelasan bahwa yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas” apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron), dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat.
4. Diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan. Berdasarkan penjelasan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan terhadap kriteria adanya stagnasi pemerintahan yang terkait dengan kepentingan yang lebih luas, maka yang dimaksud dengan “kepentingan yang lebih luas” adalah kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.

Dari beberapa keadaan yang memungkinkan seorang pejabat pemerintahan menggunakan diskresi dan dengan memperhatikan kriterianya, maka untuk diskresi atas keadaan adanya peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak lengkap atau tidak jelas, dan tidak mengatur mengenai suatu hal kongkrit, jelas memerlukan suatu pengkajian, penelitian dan penelusuran peraturan perundang-undangan, sehingga ketika suatu diskresi digunakan, misalnya karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap, padahal sebenarnya lengkap, tetapi dinyatakan tidak lengkap karena tidak melakukan penelusuran hukum. Begitu juga dengan diskresi karena peraturan-undangan tidak mengatur, tidak boleh disimpulkan sepiantas, melainkan sudah melalui suatu penelitian, penelusuran dan pengkajian hukum. Apabila kriteria dari suatu keadaan yang membolehkan seorang pejabat pemerintahan sudah terpenuhi, maka barulah diskresi boleh dilakukan dan itupun melalui prosedur yang telah ditentukan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

Arti penting dari perlunya pengkajian dan pendalaman sebelum menggunakan diskresi adalah tidak terlepas dari beberapa hal penting terkait dengan penggunaan diskresi sebagaimana diatur dalam Pasal 26 sampai dengan Pasal 29 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Disisi lain, perlunya diperhatikan persyaratan dan pemenuhan substansi dari suatu keadaan untuk menggunakan diskresi terutama mengingat

akibat hukum dari diskresi apabila penggunaannya tidak memenuhi ketentuan hukum.

Sekalipun diskresi adalah hak yang diberikan kepada pejabat pemerintahan, tetapi tidak boleh digunakan secara berlebihan tanpa melakukan dengan penuh keyakinan persyaratan dari setiap keadaan yang membolehkan penggunaan diskresi. Hal tersebut guna mencegah terjadinya kesewenang-wenangan (*willekeur*) dan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) oleh pejabat pemerintahan, serta mencegah terjadinya justifikasi diskresi sebagai tindak pidana berupa penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi pada tindak pidana korupsi.

2. Kerugian Keuangan Negara Sebagai Salah Satu Tolak Ukur Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Tindak Pidana Korupsi

Salah satu tujuan utama dari penegakan hukum terhadap tindak pidana korupsi adalah pemikiran dasar untuk mencegah timbulnya kerugian keuangan negara dan mengusahakan kembalinya secara maksimal dan cepat seluruh kerugian keuangan negara yang ditimbulkan oleh praktik tindak pidana korupsi. Sehingga keberadaan unsur kerugian negara merupakan pintu masuk dan salah satu kunci utama sukses tidaknya upaya perampasan dan pengembalian aset perolehan hasil tindak pidana korupsi di Indonesia.

Unsur kerugian keuangan negara atau perekonomian negara menjadi unsur delik dalam tindak pidana korupsi yang terdapat dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Namun dimasukkannya unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi dalam praktik seringkali menimbulkan persoalan yang dapat mempengaruhi proses penanganan perkara korupsi. Salah satunya adalah justifikasi diskresi sebagai tindak pidana korupsi, karena diskresi dipandang sebagai tindakan pejabat pemerintahan yang tidak didasari oleh peraturan perundang-undangan yang berpotensi merugikan keuangan negara.

Sementara kerugian keuangan negara yang merupakan implementasi dari unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” sebenarnya bukan merupakan inti delik (*bestanddeel delict*) dari Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Akan tetapi unsur kerugian keuangan negara atau perekonomian negara selalu menjadi perdebatan bagi kalangan akademisi maupun praktisi. Perdebatan yang paling serius adalah pemahaman terhadap pengertian frasa kata “dapat” dalam unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Frasa kata “dapat” pada dasarnya bertentangan dengan konsep *actual loss* dimana kerugian keuangan negara harus benar-benar terjadi untuk mengkualifikasikan suatu perbuatan sebagai tindak pidana korupsi. Sedangkan konsep yang dianut dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantas Tindak Pidana Korupsi karena adanya frasa kata “dapat” bukan menganut konsep *actual loss* melainkan *potential loss* yang memungkinkan bahwa dengan adanya perbuatan melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan meskipun hanya berpotensi untuk merugikan keuangan negara sudah dapat dikatakan sebagai tindak pidana korupsi.

Sejatinya Mahkamah Konstitusi dalam Putusannya Nomor : 003/PUU-IV/2006 telah memberikan pengertian terhadap frasa kata “dapat” dalam unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” sebagai unsur yang sengaja dirumuskan untuk menunjukkan bahwa delik dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagai delik formil dalam arti bahwa tindak pidana dikatakan telah terjadi apabila unsur-unsur tindak pidananya telah terpenuhi dan bukan akibatnya.

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya berpendapat bahwa kalimat “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” berarti ada kerugian nyata (*actual loss*), maupun yang hanya bersifat potensial atau berupa kemungkinan kerugian (*potential loss*). Pemahaman bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang

Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menyebabkan perbuatan yang akan dituntut didepan pengadilan bukan saja karena perbuatan tersebut merugikan keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata, akan tetapi hanya “dapat” menimbulkan kerugian sajumlah sebagai kemungkinan atau *potential loss*, jika unsur perbuatan tindak pidana korupsi telah terpenuhi sudah dapat diajukan ke depan pengadilan.

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya juga mempertimbangkan bahwa dengan asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dalam melindungi seseorang, hubungan kata “dapat” dengan “merugikan keuangan negara” tergambar dalam dua hubungan yang ekstrim yaitu : (1) nyata-nyata merugikan negara atau (2) kemungkinan dapat menimbulkan kerugian. Hal yang terakhir ini lebih dekat dengan maksud mengkualifikasikan delik korupsi menjadi delik formil.

Putusan Mahkamah Konstitusi sejalan dengan pendapat dari Komariah Emong Supardjaja yang berpendapat bahwa unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” seharusnya diartikan merugikan keuangan negara dalam arti langsung maupun tidak langsung. Artinya suatu tindakan otomatis dapat dianggap merugikan keuangan negara apabila tindakan tersebut berpotensi menimbulkan kerugian negara.⁹⁸

⁹⁸ Hukumonline, “Undang-Undang Korupsi Menganut Kerugian Negara dalam Arti Formil”, diakses dari <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol14428/uu-korupsi-menganut-kerugian-negara-dalam-arti-formil.html>, pada tanggal 09 April 2017 pukul 08.13 WITA.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 sebenarnya terinspirasi dari Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) atau Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi tahun 2003 yang tidak memasukkan kerugian negara sebagai salah satu unsur tindak pidana korupsi.

Kehadiran Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 seperti menjadi “payung hukum” bagi penegak hukum untuk melakukan justifikasi terhadap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan sebagai tindak pidana. Diskresi meskipun pada dasarnya ditujukan untuk kepentingan umum tentunya sangat berpotensi untuk merugikan keuangan negara walaupun proses penggunaan diskresi telah dilakukan dengan hati-hati dan berdasarkan kewenangan yang telah diberikan sesuai dengan prinsip penyelenggaraan pemerintahan yang baik. Dengan tidak harusnya dibuktikan adanya kerugian keuangan secara nyata (*actual loss*) membuat pejabat pemerintahan seperti ketakutan untuk menggunakan diskresi yang dimilikinya sehingga tentunya dapat menghambat penyelenggaraan pemerintahan serta tidak tercapainya tujuan negara sebagai negara kesejahteraan (*welfare state*) yaitu untuk menjamin kepentingan umum dan kesejahteraan sosial.

Namun kehadiran Rezim Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menjadi babak baru dalam pemberantasan terhadap tindak pidana korupsi. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan memberikan legalitas terhadap penggunaan diskresi serta batasan-batasannya yang diatur dalam Bab VI mulai dari Pasal 22 sampai Pasal 32. Pengaturan diskresi dalam hukum positif yaitu Undang-Undang Administrasi Pemerintahan menjadi payung hukum (*umbrella act*) bagi pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagai *public services* karena telah mendapat legalitas untuk menggunakan diskresi.

Pembentukan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan juga memberikan efek domino terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 003/PUU-IV/2006 karena dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan didalamnya memuat ketentuan antara lain : Pasal 20 ayat (4) mengenai pengembalian kerugian negara akibat kesalahan administratif yang terjadi karena adanya unsur penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintahan; Pasal 21 mengenai kompetensi absolut peradilan tata usaha negara untuk memeriksa ada atau tidak adanya dugaan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan; Pasal 70 ayat (3) mengenai pengembalian uang ke kas negara karena keputusan yang mengakibatkan pembayaran dari uang negara dinyatakan tidak sah; dan Pasal 80 ayat (4) mengenai pemberian sanksi administratif berat kepada pejabat pemerintahan karena melanggar ketentuan yang menimbulkan kerugian negara.

Keberadaan beberapa ketentuan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan membuat pergeseran paradigma bagi pemberantasan tindak pidana korupsi yang mana kesalahan administratif yang mengakibatkan kerugian negara dan adanya unsur penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintahan tidak selalu berujung kepada tindak pidana korupsi. Demikian juga dengan penyelesaiannya yang tidak selalu dengan cara menerapkan hukum pidana, bahkan dapat dikatakan dalam penyelesaian kerugian negara, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan tampaknya ingin menegaskan bahwa penerapan sanksi pidana sebagai upaya terakhir (*ultimum remedium*).

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan juga menjadi salah satu pertimbangan dari Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor : 25/PUU-XIV/2016 yang menghapus rumusan frasa kata “dapat” dalam unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” atau dengan kata lain mengeluarkan putusan yang sebenarnya bertentangan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 003/PUU-IV/2006. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa dengan keberadaan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dikaitkan dengan kata “dapat” dalam Pasal 2 dan ayat (3) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menyebabkan terjadinya pergeseran paradigma penerapan unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi. Selama ini berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 003/PUU-IV/2006 pemahaman kata “dapat” dalam Pasal 2 dan Pasal 3

Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menyebabkan perbuatan yang akan dituntut di depan pengadilan bukan saja karena perbuatan tersebut “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata” akan tetapi hanya “dapat” menimbulkan kerugian sajumlah sebagai kemungkinan atau *potential loss*, jika unsur perbuatan tindak pidana korupsi dipenuhi, sudah dapat diajukan ke depan pengadilan. Dalam perkembangannya dengan lahirnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka kerugian negara karena kesalahan administratif bukan merupakan unsur tindak pidana korupsi. Kerugian negara menjadi unsur tindak pidana korupsi jika terdapat unsur melawan hukum dan penyalahgunaan kewenangan. Dalam hal adanya penyalahgunaan kewenangan, suatu perbuatan baru dapat diklasifikasikan sebagai tindak pidana korupsi apabila berimplikasi terhadap kerugian negara (kecuali untuk tindak pidana korupsi suap, gratifikasi atau pemerasan), pelaku diuntungkan secara melawan hukum, masyarakat tidak dilayani, dan perbuatan tersebut merupakan tindakan tercela.

Dengan demikian bila dikaitkan dengan Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, maka penerapan unsur merugikan keuangan negara telah bergeser dengan menitikberatkan pada adanya akibat, tidak lagi hanya perbuatan. Dengan perkataan lain kerugian negara merupakan implikasi dari: 1) adanya perbuatan melawan hukum yang menguntungkan diri sendiri atau orang

lain atau suatu korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dan 2) penyalahgunaan kewenangan dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3. Berdasarkan hal tersebut menurut Mahkamah Konstitusi unsur merugikan keuangan negara tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (*potential loss*) namun harus dipahami benar-benar sudah terjadi atau nyata (*actual loss*) untuk dapat diterapkan dalam tindak pidana korupsi.

Bahwa pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi membuat delik dalam kedua pasal tersebut menjadi delik formil. Hal itu menurut Mahkamah Konstitusi dalam praktik seringkali disalahgunakan untuk menjangkau banyak perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara, termasuk terhadap kebijakan atau keputusan diskresi atau pelaksanaan asas *freies Ermessen* yang diambil bersifat mendesak dan belum ditemukan landasan hukumnya, sehingga seringkali terjadi justifikasi terhadap diskresi sebagai tindak pidana korupsi dengan dugaan terjadinya penyalahgunaan kewenangan. Kondisi yang demikian tentu dapat menyebabkan pejabat pemerintahan takut mengambil suatu kebijakan atau khawatir kebijakan yang diambil akan dikenakan tindak pidana korupsi, sehingga diantaranya akan berdampak pada stagnasi proses penyelenggaraan negara, rendahnya penyerapan anggaran, dan terganggunya pertumbuhan investasi.

Justifikasi diskresi sebagai tindak pidana korupsi terjadi karena terdapat perbedaan pemaknaan kata “dapat” dalam unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi oleh aparat penegak hukum, sehingga seringkali menimbulkan persoalan mulai dari perhitungan jumlah kerugian negara yang sesungguhnya sampai kepada lembaga manakah yang berwenang menghitung kerugian negara. Oleh karena dipraktikkan secara berbeda-beda menurut Mahkamah Konstitusi pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi menimbulkan ketidakpastian hukum dan telah secara nyata bertentangan dengan jaminan bahwa setiap orang berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan dihapuskannya frasa kata “dapat” dalam rumusan unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” yang tercantum dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, maka kerugian keuangan negara harus benar-benar terjadi (*actual loss*). Konsep kerugian keuangan negara tersebut sejalan dengan pengertian kerugian negara dalam Pasal 1 butir 22 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan negara yang menyatakan : “Kerugian Negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun karena kelalaian”.

Implikasi dari keberadaaan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 25/PUU-XIV/2016 memberikan dampak positif terhadap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan. Putusan tersebut membuat pejabat pemerintahan tidak perlu untuk takut menggunakan diskresi atau *freies ermessen* karena tindakannya akan berpotensi menimbulkan kerugian negara dan berujung kepada timbulnya indikasi tindak pidana korupsi. Hal tersebut dilatarbelakangi setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 25/PUU-XIV/2016, tindakan diskresi baru dapat dikatakan sebagai tindak pidana korupsi apabila menimbulkan adanya kerugian keuangan negara secara nyata (*Actual loss*).

3. Peranan Asas *Actus Non Facit Reum Nisi Mens Sit Rea* Dalam Mengkualifikasikan Diskresi Sebagai Tindak Pidana Korupsi

Pemberantasan terhadap tindak pidana korupsi mengalami pergeseran paradigma khususnya pasca lahirnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan setelah Mahkamah Konstitusi mengeluarkan Putusan Nomor : 25/PUU-XIV/2016 yang menghapus frasa kata “dapat” dalam rumusan unsur pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang berimplikasi kepada kerugian negara harus terjadi secara nyata (*actual loss*) dan bukan hanya berpotensi saja (*potential loss*). Dengan konsep kerugian keuangan negara secara nyata (*actual loss*) diharapkan dapat melindungi pejabat pemerintahan khususnya terkait penggunaan diskresi

atau *freies ermessen* yang sering mendapat justifikasi sebagai perbuatan penyalahgunaan kewenangan dalam hukum pidana yang berimplikasi terhadap tindak pidana korupsi.

Namun dengan adanya konsep kerugian keuangan negara secara nyata (*actuaal loss*) yang saat ini dianut dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak serta merta membuat unsur kerugian keuangan negara menjadi satu-satunya tolak ukur untuk menentukan apakah diskresi dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi atau tidak. karena diskresi yang merupakan kewenangan yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan untuk mengambil keputusan atas inisiatif sendiri tentu sangat berpotensi dan bahkan dapat merugikan keuangan negara. dilema yang kemudian muncul manakala tindakan diskresi dari pejabat pemerintahan ditujukan untuk kepentingan umum dan masyarakat merasakan manfaatnya, akan tetapi dengan adanya diskresi tersebut justru menimbulkan kerugian keuangan negara. untuk mengatasi permasalahan tersebut, maka tindakan diskresi harus dipandang dari aspek apakah pejabat pemerintahan dalam menggunakan diskresinya terdapat unsur kesalahan atau dengan kata lain apakah si pelaku dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.

Konsep pertanggungjawaban pidana menurut ajaran dualisme memisahkan antara perbuatan seseorang (tindak pidana) dengan orang yang melakukan perbuatan (pertanggungjawaban pidana/kesalahan). Di dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk pengertian

pertanggungjawaban pidana. tindak pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu ancaman pidana. apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian dijatuhi pidana, tergantung kepada apakah dalam melakukan perbuatan orang itu memiliki kesalahan.⁹⁹

Dalam hukum pidana konsep pertanggungjawaban pidana merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea*. Doktrin *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat atau dalam bahasa latin diartikan sebagai *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Berdasarkan asas tersebut ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk dapat memidana seseorang, yaitu ada perbuatan lahiriah yang terlarang/perbuatan pidana (*actus reus*), dan ada sikap batin jahat/tercela (*mens rea*).¹⁰⁰

Adanya kesalahan merupakan titik sentral dari konsep pertanggungjawaban pidana atau dengan kata lain kesalahan merupakan salah satu karakter hukum pidana yang tidak mungkin dapat dihapus. Begitu sentralnya asas kesalahan ini sehingga meresap dan menggema

⁹⁹ Moeljatno, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, hlm. 25.

¹⁰⁰ Hanafi, "Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana", *Jurnal Hukum*, Vol. 6 No 11. Tahun 1999, hlm. 27.

dalam hampir semua ajaran dalam hukum pidana,¹⁰¹ tidak mengherankan bila Remmelink menyatakan sebagai berikut :¹⁰²

Bagaimanapun juga, kita tidak rela membebaskan derita kepada orang lain, sekadar karena orang itu melakukan tindak pidana, kecuali jika kita yakin bahwa ia memang dapat dipersalahkan karena tindakannya itu. Karena itu, dapat juga diandaikan bahwa manusia dalam kondisi yang tidak terlalu abnormal, sepanjang ia memang menginginkannya, muncul sebagai makhluk yang memiliki akal budi serta sanggup dan mampu mentaati norma-norma masuk akal yang ditetapkan oleh masyarakat sebagai jaminan kehidupannya. Karena itu, kesalahan adalah pencelaan yang ditunjukan oleh masyarakat yang menerapkan standar etis yang berlaku pada waktu tertentu terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindari.

Apa yang dikemukakan oleh Remmelink menunjukkan bahwa terbuktnya tindak pidana tidak serta merta secara otomatis pelakunya akan dijatuhi pidana. agar negara memiliki justifikasi teoritis menjatuhkan pidana kepada seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana, pada diri orang tersebut harus terdapat kesalahan. Merupakan suatu bentuk kezaliman teoritis bila negara, melalui hakim, menjatuhkan pidana kepada seseorang yang hanya terbukti melakukan perbuatan yang dilarang, sementara orang tersebut sama sekali tidak memiliki kesalahan.¹⁰³

Menurut Simon bahwa kesalahan merupakan dasar dari pertanggungjawaban pidana seorang pelaku kejahatan yang terdapat dalam jiwa pelaku dan hubungannya dengan perbuatannya itu yang dapat

¹⁰¹ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Op. cit*, hlm. 99-100.

¹⁰² Jan Remmelink, *Op. cit*, hlm. 142.

¹⁰³ Hanafi Amrani dan Mahrus Ali, 2015, *Sistem Pertanggungjawaban Pidana (Perkembangan dan Penerapan)*, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 23.

dipidana. Berdasarkan kejiwaannya itu si pelaku dapat dicela karena kelakuannya itu. Kesalahan merupakan unsur subjektif dari tindak pidana.¹⁰⁴ Van Hamel menyatakan kesalahan dalam suatu delik merupakan pengertian psikologis perhubungan antara keadaan jiwa si pembuat dan terwujudnya unsur-unsur delik karena perbuatannya. Kesalahan adalah pertanggungjawaban dalam hukum (*Schuld is de verantwoordelijk rechtens*)".

Pompe mengatakan antara lain: "Pada pelanggaran norma yang dilakukan karena kesalahannya, biasanya sifat melawan itu merupakan segi luarnya, yang bersifat melawan hukum adalah perbuatannya. Segi dalamnya yang bertalian dengan kehendak si pembuat adalah kesalahan. Kesalahan ini dapat dilihat dari sudut: menurut akibatnya ia adalah hal yang dapat dicelakan (*verwijtbaarheid*) dan menurut hakekatnya ia adalah hal dapat dihindarkannya (*Vermijdbaarheid*) perbuatan yang melawan hukum.

Hukum pidana Indonesia pada dasarnya juga menganut asas kesalahan. Ketentuan mengenai hal ini bisa dilihat di berbagai ketentuan undang-undang, seperti Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP), dan KUHP.

¹⁰⁴ S.R. Sianturi, 1996, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni Ahaem-Petehaem, Jakarta, hlm. 159.

Di dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, masalah kesalahan diatur dalam Pasal 6 ayat (2) dan Pasa 8 yang bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut :

Pasal 6 ayat (2) : Tiada seorang juapun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seorang yang dianggap bertanggung jawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

Pasal 8 : Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, dan atau dihadapkan di depan pengadilan, wajib diaggap tidak bersalah sebelum adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum yang tetap.

Sementara itu Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana yang mengatur mengenai masalah kesalahan itu terdapat di dalam Pasal 197 ayat (1) huruf h yang berbunyi :

Pernyataan kesalahan terdakwa, pernyataan telah terpenuhinya semua unsur dalam rumusan tindak pidana disertai dengan kualifikasi dan pemidanaan atau tindakan yang dijatuhkan.

Untuk hukum pidana materiil, yakni KUHP, dengan mencermati pasal-pasal yang ada di dalamnya, walaupun tidak disebutkan secara eksplisit, dapat disimpulkan bahwa rumusan pasal-pasalnya menganut asas kesalahan. Pasal-pasal yang terdapat di dalam KUHP pada dasarnya mensyaratkan adanya unsur kesalahan baik dalam bentuk kesengajaan maupun kealpaan.

Di dalam praktik perkembangannya, secara teoretis bentuk kesalahan berupa kesengajaan dibedakan menjadi tiga corak, yaitu Kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*) untuk mencapai suatu tujuan (*dolus directus*), kesengajaan dengan sadar akan kepastian (*opzet met zekerheidsbewustzijn* atau *noodzakelijkheidsbewustzijn*), dan kesengajaan dengan sadar akan kemungkinan (*dolus eventualis* atau *voorwaardelijk-opzet*). Bentuk kesalahan kedua yaitu kealpaan, yang menunjukkan bahwa terdakwa tidak bermaksud melanggar larangan undang-undang, tetapi ia tidak mengindahkan larangan itu. Ia alpa, lalai dan teledor dalam melakukan perbuatan tersebut. Dalam kealpaan, terdakwa kurang mengindahkan larangan sehingga ia tidak berhati-hati dalam melakukan sesuatu perbuatan yang objektif kausal menimbulkan keadaan yang dilarang.¹⁰⁵

Sementara dalam konteks tindak pidana korupsi yang diatur dalam Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, niat jahat (*mens rea*) berupa kesengajaan khususnya dalam Pasal 2 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak dibuat secara jelas, namun tersirat dari kalimat “secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi”, maka bentuk kesalahan dalam Pasal 2 tersebut adalah sengaja dengan maksud atau dengan tujuan (*opzset als oogmerk*). Hal ini secara tersirat bahwa perbuatan melawan hukum itu dilakukan dengan maksud atau dengan

¹⁰⁵ Hanafi Amrani dan Mahrus Ali, *Op. cit*, hlm. 253-254.

tujuan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi. Sedangkan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi secara jelas mencantumkan kata-kata “dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi”. Unsur subjektif yang melekat pada batin si pembuat menurut pasal 3 merupakan tujuan si pembuat dalam melakukan perbuatan menyalahgunakan kewenangan yakni untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi.

Dengan kata lain, antara Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bentuk kesalahan dari suatu perbuatan adalah *opzet als oogmerk* atau kesengajaan sebagai maksud. Pada Pasal 2 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi harus dibuktikan adanya hubungan kausalitas bahwa perbuatan melawan hukum bertujuan untuk memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi. Sedangkan pada Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi perlu dibuktikan hubungan kausalitas bahwa penyalahgunaan kewenangan atau kesempatan atau sarana karena kedudukan atau jabatan ditujukan untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Moeljatno bahwa untuk menentukan sesuatu perbuatan yang dikehendaki oleh terdakwa maka konsekuensinya adalah: (1) harus dibuktikan bahwa perbuatan itu sesuai dengan motifnya untuk berbuat dan bertujuan yang hendak dicapai; (2)

antara motif, perbuatan dan tujuan harus ada hubungan kausal dalam batin terdakwa.¹⁰⁶ Dalam konsepsi yang lebih mendasar, kesengajaan sebagai maksud (*opzet aals oogmerk*) si pelaku harus mengetahui (*wetten*) dan menghendaki (*willen*) perbuatannya sebagai perbuatan yang tercela.

Dalam konteks diskresi untuk dapat dikategorikan sebagai tindak pidana korupsi khususnya penyalahgunaan kewenangan, maka harus diperhatikan apakah tindakan diskresi yang dikeluarkan ternyata bukan ditujukan untuk kepentingan umum maupun kemaslahatan masyarakat sebagaimana tujuan dari diskresi itu sendiri melainkan untuk menguntungkan individu-individu atau kelompok-kelompok tertentu. Sepanjang kewenangan diskresi yang dimiliki pejabat pemerintahan tidak menguntungkan individu atau kelompok-kelompok tertentu, maka tentu terhadap pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana atau dengan kata lain tidak dapat dipidana karena telah melakukan tindak pidana korupsi.

¹⁰⁶ Moeljatno, 1994, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, Bina Aksara, Jakarta, hlm. 172-173.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang telah dijabarkan pada bab sebelumnya, adapun kesimpulan yang dapat Penulis sampaikan adalah sebagai berikut :

1. Hubungan hukum antara diskresi dan penyalahgunaan kewenangan adalah penyalahgunaan kewenangan merupakan parameter untuk membatasi kewenangan diskresi pejabat pemerintahan. Konsep penyalahgunaan kewenangan khususnya dalam ranah hukum pidana diadopsi dari konsep penyalahgunaan kewenangan dalam hukum administrasi negara yang pada prinsipnya memberikan makna penyalahgunaan kewenangan sebagai penggunaan kewenangan yang tidak sesuai dengan tujuan dari diberikannya kewenangan itu sendiri. Secara teoritis, tujuan dari diskresi adalah untuk kepentingan umum atau kemaslahatan masyarakat. Dengan kata lain, ketika diskresi ditujukan selain dari kepentingan umum atau kemaslahatan masyarakat, maka tindakan diskresi tersebut dapat dikualifikasikan sebagai penyalahgunaan kewenangan. Konsep penyalahgunaan kewenangan dalam hukum pidana pada dasarnya telah

tercermin adanya sifat melawan hukum yang merupakan unsur mutlak dari suatu tindak pidana. sehingga sifat melawan hukum juga secara tidak langsung menjadi parameter untuk membatasi diskresi dalam ranah hukum pidana. akan tetapi, ajaran sifat melawan hukum memiliki sifat yang lebih khusus sebagai parameter untuk membatasi diskresi karena hanya dalam ranah hukum pidana, sementara konsep penyalahgunaan kewenangan bersifat lebih umum untuk membatasi diskresi karena tidak hanya pada ranah hukum pidana akan tetapi juga digunakan dalam ranah hukum administrasi negara.

2. Diskresi tidak dapat dikualifikasikan sebagai penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi apabila tindakan diskresi oleh pejabat pemerintahan tetap berpedoman kepada asas-asas umum pemerintahan yang baik dan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang telah memberikan pengertian, batasan, serta prosedur penggunaan diskresi atau dengan kata lain telah menjadi payung hukum (*umbrella act*) bagi pejabat pemerintahan untuk menggunakan diskresi. Dalam konteks tindak pidana korupsi timbulnya kerugian keuangan negara baik berupa potensi kerugian keuangan negara (*potential loss*) maupun kerugian keuangan negara secara nyata (*actual loss*) tidak dapat dijadikan sebagai

satu-satunya tolak ukur untuk mengkualifikasikan diskresi sebagai tindak pidana korupsi disebabkan tindakan diskresi yang merupakan inisiatif sendiri dari pejabat pemerintahan yang tidak berdasarkan peraturan perundang-undangan tentunya sangat berpotensi untuk merugikan keuangan negara. selain itu unsur merugikan keuangan negara bukan merupakan inti delik (*bestanddeel delict*) dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Namun yang harus diperhatikan untuk menentukan diskresi sebagai tindak pidana korupsi adalah apakah terdapat niat jahat (*mens rea*) pada diri pelaku pada saat mengeluarkan diskresi. Niat jahat (*mens rea*) dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terdapat pada unsur menguntungkan diri sendiri, orang lain, atau suatu korporasi. Dengan kata lain tindakan diskresi dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi dalam hal tindakan diskresi tidak semata-mata merugikan keuangan negara melainkan harus ada individu-individu atau kelompok-kelompok tertentu bahkan suatu korporasi yang diuntungkan.

B. Saran

Berdasarkan dari hasil kesimpulan yang Penulis peroleh selama melakukan penelitian, maka Penulis mengajukan beberapa saran terhadap masalah yang ada di dalam tulisan ini yaitu sebagai berikut :

1. Perlunya dilakukan revisi terhadap Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, khususnya diperlukan pencantuman pengertian penyalahgunaan kewenangan secara eksplisit guna menghindari penafsiran penyalahgunaan kewenangan yang terlampau luas oleh penegak hukum yang dapat berujung kepada justikasi terhadap kewenangan diskresi yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan sebagai tindak pidana korupsi dan dalam rangka harmonisasi peraturan perundang-undangan terkait pemberantasan tindak pidana korupsi khususnya dengan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan terutama yang berkaitan dengan kewenangan diskresi pejabat pemerintahan yang seringkali diparalelkan dengan penyalahgunaan kewenangan yang berimplikasi kepada tindak pidana korupsi untuk menyesuaikan paradigma pemberantasan tindak pidana korupsi dengan konsep penyelenggaraan pemerintahan yang baik.

2. Perlunya dilakukan perubahan paradigma terhadap pemberantasan tindak pidana korupsi yang tidak hanya bertitik tolak kepada timbulnya kerugian keuangan negara semata. Penegak hukum juga harus memperhatikan mengenai adanya kesalahan atau niat jahat (*mens rea*) dari pelaku tindak pidana korupsi. Hal tersebut bertujuan agar dapat meminimalisir justifikasi diskresi sebagai tindak pidana korupsi karena kewenangan diskresi pejabat pemerintahan merupakan kewenangan yang sangat rawan untuk menimbulkan kerugian keuangan negara meskipun ditujukan untuk kepentingan umum.

DAFTAR PUSTAKA

Buku :

- A. Siti Soetami. 2000. *Hukum Administrasi Negara*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro:Semarang.
- Abdul Latif. 2014. *Hukum Administrasi Negara dalam Tindak Pidana Korupsi*. Prenada Media Group:Jakarta.
- Adami Chazawi. 2016. *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia (Edisi Revisi)*. PT. Rajagrafindo Persada:Jakarta.
- Aminuddin Ilmar. 2013. *Hukum Tata Pemerintahan*. Identitas Universitas Hasanuddin:Makassar.
- Andi Hamzah. 1991. *Korupsi di Indonesia*. Penerbit Sinar Grafika:Jakarta.
- , 2010. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta:Jakarta.
- , 2012. *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia & Perkembangannya*. Soft Media:Medan.
- Andi Zaenal Abidin Farid. 1987. *Asas-Asas Hukum Pidana (Bagian Pertama)*. Alumni:Bandung.
- Bambang Poernomo. 1994. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Ghalia Indonesia:Jakarta.
- Barda Nawawi Arief. 1994. *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*. CV Ananta:Semarang.
- , 1996. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Citra Aditya Bakti:Bandung.
- Chaeruddin et al. 2008. *Strategi Pencegahan dan Penegakan Hukum Tindak Pidana Korupsi*. Refika Aditama:Bandung.
- D. Schaffmeister. 2003. *Hukum Pidana (Cetakan Kedua)*, diterjemahkan oleh J. E. Sahetapy. Liberty:Yogyakarta.
- Diana Halim Koentjoro. 2004. *Hukum Administrasi Negara*. Ghalia Indonesia:Jakarta.
- E. Utrecht. 1994. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Pustaka Sinar Mas:Surabaya.

- Eddy O. S. Hiariej. 2013. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*. Cahaya Atma Pustaka:Yogyakarta.
- Esmi Warassih. 2005. *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*. PT. Suryandru Utama:Semarang.
- Evi Hartanti. 2005. *Tindak Pidana Korupsi*. Sinar Grafika:Jakarta.
- Hanafi Amrani dan Mahrus Ali. 2015. *Sistem Pertanggungjawaban Pidana (Perkembangan dan Penerapan)*. PT. Rajagrafindo Persada:Jakarta.
- I. G. M. Nurdjana. 2010. *Sistem Hukum Pidana dan Bahaya Laten Korupsi "Perspektif Tegaknya Keadilan Melawan Mafia Hukum"*. Pustaka Pelajar:Yogyakarta.
- I Gde Pantja Astawa. 2008. *Problematisasi Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*. Alumni:Bandung.
- Indriyanto Seno Adji. 1997. *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*. Diadit Media:Jakarta.
- Indroharto. 2000. *Usaha memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I : Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*. Pustaka Sinar Harapan:Jakarta.
- Jan Remmelink. 2003. *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*. Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama:Jakarta.
- Juniarso Ridwan dan Ahmad Sodik Sudrajat. 2012. *Hukum Administrasi Negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*. Nuansa:Bandung.
- Krishna Djaya Darumurti. 2016. *Diskresi Kajian Teori Hukum*. Genta Publishing:Yogyakarta.
- Komariah Emong Sapardjaja. 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia, Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*. Alumni:Bandung
- Lilik Mulyadi. 2007. *Tindak Pidana Korupsi di Indonesia Normatif, Teoritis, Praktik, dan Masalahnya*. Alumni:Bandung.

- M. Nata Saputra. 1988. *Hukum Administrasi Negara*. Rajawali Press:Jakarta.
- Moeljatno. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*. Bina Aksara:Jakarta.
- , 1994. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Cetakan Kedua. Bina Aksara:Jakarta.
- , 2008. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta:Jakarta.
- Muchsan. 1992. *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*. Liberty:Yogyakarta.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief. 2010. *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*. Alumni:Bandung.
- Muladi dan Dwidja Prayitno. 2012. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Penerbit Kencana Prenada Media Group:Jakarta.
- Nur Basuki Minarno. 2011. *Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*. Laksbang Mediatama:Yogyakarta.
- O.C. Kaligis. 2010. *Korupsi Bibit & Chandra*. Penerbit Indonesia Against Injustice:Jakarta.
- Peter Mahmud Marzuki. 2005. *Penelitian Hukum (Edisi Revisi)*. Kencana Prenada Media Group:Jakarta.
- Philipus M. Hadjon, et al. 2010. *Hukum Administrasi dan Good Governance*. Universitas Trisakti:Jakarta.
- , 2011. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesia Administrative Law)*. Cetakan Kesebelas. Gadjah Mada University Press:Yogyakarta.
- Prajudi Atmosudirdjo. 1981. *Hukum Administrasi Negara*. Ghalia Indonesia:Jakarta.
- Riawan. 2009. *Hukum Pemerintahan Daerah*. Citra Aditya Bakti:Bandung.
- Ridwan H.R. 2010. *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Rajagrafindo Persada:Jakarta.
- Robert Klitgaard. 2001. *Membasmi Korupsi*. Yayasan Obor Indonesia:Jakarta.

- Rohim. 2008. *Modus Operandi Tindak Pidana Korupsi*. Pena Mukti Media:Depok.
- S. F. Marbun, et al. *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*. UII Press:Yogyakarta.
- S. H. Alatas. 1986. *Sosiologi Korupsi Sebuah Penjelajah Dengan Data Kontemporer*. LP3ES:Jakarta.
- S. R. Sianturi. 1996. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Alumni Ahaem-Petehaem:Jakarta.
- Sadjijono. 2008. *Memahami Beberapa Bab Pokok Hukum Administrasi*. Laksbang Pressindo:Yogyakarta.
- Sjachran Basah. 1997. *Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*. Alumni:Bandung.
- Soerjono Soekanto dan Sri Pamudji. 2006. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Rajawali Pers:Jakarta.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Hakim Barakatullah. 2005. *Politik Hukum Pidana Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*. Pustaka Pelajar:Yogyakarta.
- Yopi Morya Immanuel Patiro. 2012. *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*. CV Keni Media:Bandung.

Kamus :

- Anton M. Moeliono. 1995. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka:Jakarta.
- J. C. T. Simorangkir, et al. 2008. *Kamus Hukum*. Sinar Grafika:Jakarta.
- N. E. Algra, et al. 1983. *Kamus Istilah Hukum Fockerma Andreae, Belanda Indonesia*. Binacipta:Jakarta.
- S. Wojowasito. 1999. *Kamus Umum Belanda Indonesia*. Penerbit PT Ichtiar Baru:Jakarta.

Peraturan Perundang-Undangan :

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, Dan Nepotisme.

Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana diubah dan ditambahkan dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) atau Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Makalah, Jurnal, Bahan Kuliah dan Hasil Penulisan :

E. Utrecht. 1960. "*Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*". Bahan Ajaran Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat. Universitas Padjajaran. Bandung.

Hanafi. "*Reformasi Sistem Pertanggungjawaban Pidana*", Jurnal Hukum, Vol. 6 No 11 Tahun 1999.

Lilik Mulyadi. "*Perbuatan Melawan Hukum dalam Tipikor pada Putusan MA*", Majalah Mahkamah Agung Edisi 3. Mahkamah Agung. Desember 2013.

Mardjono Reksodiputro. 1989. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dalam Tindak Pidana Korporasi*. Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi. 23-24 November 1989. FH Undip:Semarang.

Internet :

Transparency Internasional. "Corruption Perseptions Index 2016:Results". Diakses dari <http://www.transparency.org/cpi2016/results>, pada tanggal 14 Februari 2017 Pukul 15.17 WITA.

Chairul Huda. "Perbuatan Melawan Hukum dan Penyalahgunaan Kewenangan dalam Pelaksanaan Kontrak Biomediasi". Diakses dari <http://www.huda-drchairulhudashmh.blogspot.co.id/2014/03/perbuatan-melawan-hukum-dan.html>, pada tanggal 18 Maret 2017 Pukul 14.34 WITA.

Hukumonline. "Undang-Undang Korupsi Menganut Kerugian Negara dalam Arti Formil". Diakses dari <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol14428/UU-Korupsi-Menganut-Kerugian-Negara-dalam-Arti-Formil>, pada tanggal 09 April 2017 pukul 08.13 WITA.